

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZA GONÇALVES

A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A
DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Florianópolis - SC

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
LUIZA GONÇALVES

**A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A
DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à banca examinadora da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel em
Direito

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da
Rosa

Florianópolis - SC

2015



Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas

DEPARTAMENTO DE DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A garantia da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Luiza Gonçalves**, defendido em **03/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 3 de Julho de 2015



Alexandre Moraes da Rosa

Professor(a) Orientador(a)



Lucas dos Santos Machado

Membro de Banca



Guilherme Luiz Dutra

Membro de Banca

*Dedico este trabalho a minha avó materna,
Laura Marquez Garcia (in memorian), a qual,
com toda certeza, ficaria muito orgulhosa com
a conclusão desta etapa da minha formação.*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo central estudar a garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva, pois, mesmo sem a existência de uma conceituação legal da expressão, trata-se de alicerce amplamente utilizado no atual contexto jurídico. A fim de se alcançar o escopo argumentativo almejado, buscou-se, em um primeiro momento, discorrer acerca do instituto das prisões cautelares e suas modalidades legais: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva. Abordaram-se os princípios norteadores da segregação cautelar, além dos mecanismos alternativos à privação de liberdade. Posteriormente, chegou-se ao foco deste estudo, que é a análise sobre a conceituação do termo “ordem pública”. Ainda, examinou-se a decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública, além das demais hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal. Por derradeiro, aplicando-se os pressupostos estudados nos dois anteriores, procurou-se expor como a garantia da ordem pública vem sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina para fundamentar o decreto de prisão preventiva.

Palavras-chave: Prisão Cautelar. Modalidades. Princípios. Medidas cautelares. Garantia da ordem pública. Prisão Preventiva.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A PRISÃO CAUTELAR	9
2.1 MODALIDADES	12
2.1.1 Prisão em Flagrante	12
2.1.2 Prisão Temporária	16
2.1.3 Prisão Preventiva	17
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR	21
2.3 MEDIDAS CAUTELARES COMO MECANISMOS ALTERNATIVOS À PRIVAÇÃO DE LIBERDADE	29
3 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	36
3.1 A NOÇÃO DE “ORDEM PÚBLICA”	36
3.2 PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	43
3.3 AS DEMAIS HIPÓTESES DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	53
3.3.1 Garantia da ordem econômica	54
3.3.2 Conveniência da instrução criminal	55
3.3.3 Assegurar a aplicação da lei penal	57
3.3.4 Pelo descumprimento de medida cautelar imposta	58
4 ANÁLISE DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NOS JULGADOS BRASILEIROS	60
4.1 Supremo Tribunal Federal.	60
4.2 Superior Tribunal de Justiça	64
4.3 Tribunal de Justiça de Santa Catarina	69
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

1 INTRODUÇÃO

Como cediço, o ordenamento jurídico brasileiro traz duas possibilidades para a segregação de liberdade de um indivíduo: a prisão-pena, que é aquela aplicada quando há o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, e as denominadas prisões processuais, cautelares ou sem-pena, que ocorrem ainda durante o curso da persecução penal, e que se dividem em prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva, a qual será o foco deste estudo.

O presente trabalho tem como tema a garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva. Serão analisadas diversas justificativas, provenientes da doutrina e verificadas na jurisprudência, utilizadas para se determinar o recolhimento preventivo por tal argumento.

Assim, pode-se dizer que a pesquisa será baseada na seguinte indagação: o fundamento da garantia da ordem pública, baseado no *periculum libertatis* e previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, mesmo se tratando de um conceito abstrato e divergente, é capaz de motivar a decretação da prisão preventiva?

A busca de uma resposta para essa questão é o que se estabelece como objetivo geral desta monografia. Constatar as proposições que autorizam a utilização da garantia da ordem pública como base para decretação da prisão preventiva.

O objeto da prisão preventiva recai, de forma direta, no direito fundamental de liberdade de todo o indivíduo. E, por isso, faz com que o poder/dever do Estado - de garantir a ordem jurídica - entre em confronto com esse direito constitucional. Pode-se dizer que o indivíduo, além de ser privado de seu direito de ir e vir, perde também parte de sua própria dignidade, fator que reflete em todas as searas de sua vida, causando um imenso e incalculável abalo psíquico e moral a ele e a sua família

Apesar de seus pontos embaraçosos, impossível negar que a prisão preventiva traz maior efetividade ao cumprimento das finalidades da persecução penal, porém esta se torna uma “faca de dois gumes”, pois também é através dela que ocorrem graves violações à liberdade do indivíduo e a outros direitos fundamentais.

Para ser decretado o recolhimento preventivo, pelo que dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, é indispensável a existência de prova da materialidade delitiva e de indícios suficientes de autoria - que compõem o chamado *fumus comissi delicti* -, associados ao *periculum libertatis* – que resplandece através da garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou garantia de aplicação da lei penal.

Dentre esses, o requisito mais polêmico e que enseja maiores discussões, talvez por sua amplitude, é o da garantia da ordem pública. Expressão genérica, dotada de certo grau de subjetivismo e que abre margem a variadas interpretações, razão pela qual o Estado, por muitas vezes, decreta a prisão preventiva em desrespeito aos direitos e às garantias individuais.

Das muitas faces utilizadas pela garantia da ordem pública, é possível citar diversos dos fundamentos a ela relacionados, como o clamor social, a credibilidade da justiça, a periculosidade do agente, o risco de reiteração delitiva, e a gravidade do crime.

Salienta-se que os riscos deste tipo de medida serão analisados no âmbito do direito constitucional, levando-se em conta o princípio da presunção de inocência, direito imprescritível e inerente a todo ser humano.

Ainda, levar-se-á em conta se a prisão para garantia da ordem pública é realmente uma medida cautelar, utilizada quando concretamente demonstrado risco ao processo, ou se apenas se fundamenta em presunções e antecipações do juízo de culpabilidade, tornando-se, então, uma antecipação da pretensão punitiva.

Para que se possa lograr êxito na missão proposta, vários objetivos secundários foram traçados, entre os quais: 1) estudar as modalidades de prisões processuais; 2) explicitar os princípios constitucionais norteadores da segregação cautelar; 3) apresentar as possibilidades de aplicação de medidas cautelares como mecanismos alternativos à prisão; 4) contrapor os diversos conceitos de “ordem pública”; 5) analisar a garantia da ordem pública como fundamento apto a basear a decretação da prisão preventiva; 6) expor as demais hipóteses trazidas pelo artigo 312 do Código de Processo Penal capazes de motivar a prisão preventiva; 7) aferir os posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema, por meio da coleta e sistematização de decisões judiciais.

A fim de alcançar esses objetivos, dividiu-se a presente monografia em três capítulos.

O primeiro tratará das noções gerais acerca das prisões processuais. Inicia-se com a apresentação das três modalidades de prisão cautelar previstas pela legislação processual penal – prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva -, prosseguindo-se com a abordagem dos princípios constitucionais regentes do sistema prisional cautelar e, por fim, explicitando as medidas cautelares diversas da prisão existentes no ordenamento jurídico pátrio.

No segundo capítulo adentrar-se-á especificamente no tema “ordem pública”. Primeiramente busca-se, a partir de uma análise doutrinária, o estabelecimento de um conceito mínimo para a expressão. Após essa delimitação, passa-se para a etapa principal, que é a análise da garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva, apresentando-se as possíveis hipóteses justificantes a serem utilizadas para essa argumentação. Em seguida, apontam-se as demais possibilidades, segundo o artigo 312 do Código de Processo Penal, para a decretação dessa modalidade de segregação cautelar.

O último capítulo visa proporcionar a conjugação de conhecimentos obtidos nos seus precedentes, examinando-se os principais posicionamentos jurisprudenciais relacionados à questão.

O método de abordagem utilizado na pesquisa foi o dedutivo, na medida em que se partirá dos conceitos gerais das prisões cautelares, passando pelos princípios que as alicerçam, com o intuito de se alcançar o ápice teórico acerca da garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva, estando-se, então, com respaldo doutrinário e jurisprudencial para elaborar uma conclusão sobre o tema. Os métodos procedimentais foram o descritivo e o argumentativo, pois adotadas exposições descritivas dos estudos teóricos sobre o assunto, além de se demonstrar a possibilidade de decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública. As técnicas de pesquisa são a bibliográfica, principalmente por fonte doutrinária e jurisprudencial, especialmente pelo exame das decisões proferidas pelos Tribunais pátrios.

2 A PRISÃO CAUTELAR

Inicialmente, ao discorrer sobre o tema prisão, é preciso conceituá-la, a fim de estabelecer de forma coerente a linha de trabalho a ser seguida.

“A palavra prisão advém do latim *prensione*, ou seja, o ato de capturar, prender, e por uma questão de metonímia, acabou por significar, também, o lugar onde a pessoa é presa ou mantida em cárcere” (POLASTRI, 2014, p. 159).

A terminação “prisão” é utilizada para denominar a privação de liberdade do indivíduo, que pode ser classificada como prisão pena, que é aquela decorrente de uma sentença condenatória transitada em julgado pela qual o acusado é punido pelo crime cometido, ou prisão sem pena, que não decorre de uma sentença condenatória transitada em julgado, podendo ser uma prisão civil, prisão administrativa, prisão disciplinar e prisão processual cautelar, esta última dividindo-se em prisão provisória e prisão temporária (MOUGENOT, 2012, pp. 491-492).

Conforme os ensinamentos de Nucci (2013, p. 31):

Prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. A prisão-pena advém da imposição de sentença condenatória, com trânsito em julgado. A prisão cautelar é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências. Embora ambas provoquem a segregação do indiciado ou acusado, a primeira constitui efetiva sanção penal; a segunda não passa de uma medida de cautela, com o fim de assegurar algo. Não é um fim, mas um meio.

Para Tourinho Filho (2011, p. 431), “a prisão vem a ser a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É privação da liberdade individual de ir e vir; e, tendo em vista a denominada prisão-albergue, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria”.

Tem-se, então, por prisão, a privação da liberdade de ir e vir do ser humano, o afastamento do seu livre-arbítrio, por força de decisão estatal. E são duas as possíveis formas para essa segregação de liberdade: uma anterior e outra posterior à edição de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Se ocorrida antes do advento do trânsito em julgado da sentença penal, a prisão é dotada de cautelaridade, não configurando a natureza de pena.

A prisão-pena, segundo o Código Penal e a Lei de execuções penais, é aquela que resulta do trânsito em julgado de uma sentença condenatória (POLASTRI, 2014, p. 180). “É

imposta àquele que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 432). Dos ensinamentos de Capez (2014, p. 307), tem-se que a prisão-pena é a “medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado”.

A partir de tais colocações, passa-se à análise especificamente da prisão sem pena, também conhecida como prisão processual, ou ainda como prisão cautelar.

Vicente Greco Filho bem define que (2012, p. 274):

Prisão processual é a que resulta do flagrante ou de determinação judicial, em virtude de atuação da persecução penal ou processo penal, com os pressupostos de medida cautelar. Historicamente é a mais antiga. Às vezes se utiliza a expressão “prisão provisória”, mas “provisória” pode dar a entender que se trata de algo que será substituído por algo definitivo. Ainda que, em parte, a relação exista, parece preferível a denominação “prisão processual”.

Para Pacelli e Costa (2013, p. 40), se as razões para a aplicação de uma pena privativa de liberdade proveniente de uma decisão condenatória são o último recurso estatal e servem para os casos graves, em caso de aprisionamento preventivo (cautelar), há uma área de incidência ainda mais restrita e bem delimitada, por medida excepcional que é. A prisão preventiva e as demais modalidades de prisão cautelar, em regra, não podem superar o próprio direito penal almejado no processo.

A prisão processual se trata de medida acautelatória dos interesses da jurisdição penal e, para ser determinada, exige a configuração do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, os quais precisam estar expressamente demonstrados pelo magistrado na decisão prolatada. Requer-se, assim, como pressuposto para a segregação cautelar de qualquer indivíduo, que sejam constatadas a materialidade do delito e a existência de fortes indícios de sua autoria - *fumus boni iuris* -, além do aferimento da ocorrência do perigo *concreto* que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal - *periculum in mora* (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 84).

Impende-se ressaltar que, no Código de Processo Penal, as medidas cautelares não foram disciplinadas da mesma forma que no processo civil. Assim, as prisões cautelares podem acontecer em qualquer fase durante a ação penal ou do inquérito policial, embora a privação de liberdade seja a exceção no ordenamento.

Mougenot afirma que (2012, p. 493):

As prisões cautelares têm por finalidade resguardar a sociedade ou o processo com a segregação do indivíduo. Daí falar em *cautelaridade social*, cujo escopo é proteger a sociedade de indivíduo perigoso, e *cautelaridade processual*, que garante o normal

iter procedimental, fazendo com que o feito transcorra conforme a lei e que eventual sanção penal seja cumprida.

Como retro mencionado, para que as medidas cautelares segregadoras de liberdade sejam deferidas, requer-se a comprovação da existência dos dois pressupostos fundamentais: o *periculum in mora* - fundado receio de que o tempo possa vir a comprometer o direito afirmado - e o *fumus boni iuris* - existência de probabilidades fundadas, razoáveis e suficientes do direito material.

Quer-se chegar, portanto, que, para a área criminal, esses pressupostos básicos para a adoção de tais medidas resplandecem através do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. O primeiro se consuma pela existência da comprovação de indícios de autoria, e o segundo fica evidente pelo risco que a liberdade do indivíduo representa para o prosseguimento do processo e à administração da justiça.

As prisões processuais possuem caráter pessoal e têm por finalidade garantir a efetividade da administração da justiça. Por sua natureza instrumental, buscam obter segurança para que se torne útil e possível a persecução criminal ou a execução da pena aplicada.

Essas medidas cautelares, excepcionais que são, só podem ser aplicadas se obedecido um rígido controle de legalidade, almejando proteger as garantias individuais do cidadão e a efetividade da administração da justiça, devendo ser realizado pelo Poder Judiciário.

A prisão provisória é medida extrema e não tem por finalidade dar à sociedade uma satisfação antecipada pelo delito praticado. A aplicação desse instituto de segregação de liberdade está adstrita à utilidade e à necessidade processual, que são encontradas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Por sua vez, é de vital importância frisar que a determinação de uma prisão processual, em caso de não observância dos preceitos legais e dos demais princípios norteadores do ordenamento jurídico, pode culminar em lesões a direitos fundamentais. Em razão disso, cabe ao agente estatal, verificar a real necessidade e possibilidade da prisão cautelar, bem como os eventuais prejuízos ao indivíduo e à sociedade que possam vir a ser causados.

Apresentados os aspectos gerais, analisar-se-ão, em sequência, as modalidades de prisão provisória existentes no direito processual penal brasileiro.

2.1 Modalidades

2.1.1 Prisão em Flagrante

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXI, dispõe “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

Por essa previsão constitucional, ocorre a imediata resposta da sociedade à prática delituosa: uma detenção cautelar sem prévia ordem judicial.

Também chamada de pré-cautelar, a prisão em flagrante “é uma modalidade de medida cautelar de segregação provisória do autor de fato criminoso, de natureza administrativa, inicialmente, podendo ser realizada por qualquer pessoa do povo ou por agentes policiais” (NUCCI, 2013, p. 72).

A legislação processual penal, em seu artigo 301 prevê que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (BRASIL, 1941). A partir daí, o artigo 302 do mesmo diploma apresenta as hipóteses de flagrante em delito, são elas: quem está cometendo a infração penal; quem acaba de cometê-la; quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; e quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Cabe aqui destacar a diferença estabelecida pelo Código Processual Penal entre o flagrante facultativo – quando qualquer pessoa do povo, no exercício regular de seu direito, poderá prender alguém em flagrante delito – e o flagrante obrigatório - quando as autoridades policiais, no estrito cumprimento de seu dever legal, devem efetivar a prisão de qualquer indivíduo surpreendido em flagrante.

Lopes Junior (2013, p. 50) defende que “precisamente porque o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial”.

As hipóteses do artigo 302 do Código de Processo Penal são taxativas, assim, qualquer prisão em flagrante que não se enquadre em algum dos incisos será considerada

ilegal, e o relaxamento é medida que se impõe, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LXV da Constituição da República de 1988¹.

Pela doutrina, há algumas espécies de situações legais permissivas da prisão em flagrante, são elas:

a) Flagrante próprio, propriamente dito, real ou verdadeiro: previsto no artigo 302, incisos I e II, do Código de Processo Penal, admite duas formas. Uma quando o acusado é surpreendido no exato momento em que está cometendo a infração penal, ou seja, praticando o verbo nuclear, e “a prisão em flagrante, nesse caso, é detentora de maior credibilidade. Ocorre quando o sujeito é surpreendido durante o *iter criminis*, praticando a conduta descrita no tipo penal sem, contudo, tê-lo percorrido integralmente” (LOPES JR., 2013, p. 55). E ainda quando acaba de cometê-la (*stricto sensu*, de imediato, sem qualquer intervalo de tempo), encontrando-se o sujeito ainda no local dos fatos, sendo necessárias, todavia, informações veementes de que essa pessoa é realmente a autora dos fatos, já que pode se tratar, por exemplo, de pessoa que chegou à casa após o assassinato e a fuga do criminoso (REIS e GONÇALVES, 2014, p. 367).

b) Flagrante impróprio ou quase-flagrante: tipificado no inciso III do artigo 302 do Código de Processo Penal, acontece quando o agente conclui a infração penal ou é interrompido pela chegada de terceiros (crimes tentados), todavia não é preso no local dos fatos em decorrência de sua fuga, dando início, assim, à perseguição por parte da polícia, da vítima ou de qualquer um do povo, dispensado o “contato visual” durante o ato. Pelo agente não ter sido detido no exato instante em que terminou de praticar os atos executórios do crime, mas não restando dúvidas acerca da autoria do delito, é possível que seja realizada a perseguição e a restrição do *status libertatis* do indivíduo. Segundo Lopes Jr. (2013, pp. 56-57), “a perseguição exige uma continuidade, em que o perseguidor (autoridade policial, vítima ou qualquer pessoa) vá ao encalço do suspeito, ainda que nem sempre tenha o contato visual”. E continua dizendo que “deve-se considerar ainda a necessidade de que a perseguição inicie ‘logo após’ o crime. Esse segundo requisito, temporal, deve ser interpretado de forma restritiva, sem que exista, contudo, um lapso definido na lei ou mesmo na jurisprudência”.

c) Flagrante presumido, ficto ou assimilado: previsto no artigo 302, inciso IV, do Código de Processo Penal, constitui situação em que o agente, logo depois da prática do delito, é encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que demonstrem, por

¹ Art. 5º, LXV - A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (BRASIL, 1988).

presunção, que ele é o autor do ilícito penal, sem necessidade de perseguição, pois os elementos encontrados, por si só, já constituem indícios de autoria. Para Lopes Jr. (2013, pp. 57-58), essa modalidade de prisão em flagrante é inconstitucional, eis que afronta o princípio da presunção de inocência, visto que a autoria do delito deve ser demonstrada e provada, e não presumida. Trata-se, portanto, do flagrante mais fraco, frágil e difícil de se legitimar.

d) *Flagrante esperado*: caso em que um agente policial recebe a informação de que em breve acontecerá um crime, e então se desloca para o local na espera da ocorrência do ilícito, sem, contudo, interferir, induzir, ou instigar a realização da conduta. Percebe-se que nenhuma situação foi artificialmente criada, e a prática do delito ocorreu naturalmente, não havendo que se falar em crime impossível.

e) *Flagrante provocado ou preparado*: é decorrente da intervenção decisiva de um terceiro, o qual prepara, induz e instiga a prática delituosa, influenciando na vontade do suspeito, e prendendo-o logo em seguida ao ato. “Trata-se daquilo que o Direito Penal chama de *delito putativo por obra do agente provocador*” (LOPES JR., 2013, p. 63). Segundo o Supremo Tribunal Federal, na Súmula 145, “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação”, configurando-se caso de crime impossível (artigo 17 do Código Penal²), pois o agente não cometeria o crime se não fosse induzido, e a elaboração do delito, por parte do agente provocador, resultaria em impossibilidade de consumação da infração penal. Não se trata de flagrante aceito no ordenamento jurídico brasileiro, pois apesar de utilizar meios capazes de produzir o resultado, prevalecem circunstâncias previamente preparadas que eliminam a possibilidade do resultado almejado.

f) *Flagrante forjado, fabricado, maquinado ou urdido*: “trata-se de hipótese de flagrante nulo, que deve ser relaxado, porque foram criadas provas de um delito inexistente exatamente para viabilizar a prisão” (REIS e GONÇALVES, 2014, p. 371). Inexiste a prática de qualquer ilícito penal, ao menos no momento em que se deseja vê-lo concretizado. São os famosos casos em que o policial “planta” drogas no carro do suspeito para que ele seja preso por tráfico, da pessoa que coloca objetos na bolsa de outrem a fim de vê-la presa por furto, isto é, forja-se a prova de um crime para incriminar alguém. Ressalta-se que os idealizadores e executores dessa farsa respondem criminalmente por ato de abuso de autoridade e por denúncia caluniosa.

² Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (BRASIL, 1940).

g) Flagrante diferido ou prorrogado: hipótese contemplada no artigo 8º da Lei n. 12.850/13³, o qual, diante da complexidade que acompanha as ações praticadas por grupos organizados, prevê a possibilidade de retardamento da ação policial, para observação e acompanhamento das condutas tidas como integrantes de ações organizadas, para que a prisão em flagrante se concretize em momento mais eficaz, do ponto de vista da formação da prova e fornecimento de informações, sendo que a consumação se protraí no tempo. Esse tipo de flagrante também passou a ter previsão na Lei de Drogas, em seu artigo 53, inciso II⁴. Em ambas as legislações, o flagrante diferido posterga o momento da prisão, mantendo acompanhamento sobre os criminosos, a fim de obter melhores provas do delito (REIS e GONÇALVES, 2014, p. 372).

Esgotadas as modalidades de flagrante, há casos em que o autor do delito se apresenta espontaneamente à autoridade policial, fato que impede a lavratura do auto de flagrante porque “a) o Estado-investigação nada sabia sobre o caso, não fosse a referida apresentação espontânea, quebrando qualquer nexo da continuidade entre o crime a prisão; b) o flagrante é uma modalidade de prisão cautelar, não se vislumbrando necessidade em sua concretização se o próprio agente colabora com o Estado, apresentando-se para formal indiciamento” (NUCCI, 2013, p. 74). Em suma, já que não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 302 do Código de Processo Penal, não pode ser considerado como uma espécie de flagrante.

Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 315), bem pontua sobre o tema, pois salienta uma ressalva importante nos casos em que o indivíduo tenta burlar o sistema cautelar prisional:

A apresentação espontânea de acusado primário, com bons antecedentes, inclusive com a entrega de passaporte, denota, pelo menos a princípio, que o agente não pretende fugir do distrito da culpa, desautorizando, por conseguinte, eventual decretação de sua segregação cautelar. Obviamente, se o magistrado perceber que o agente utiliza a apresentação espontânea apenas como um subterfúgio para escapar da indispensável segregação cautelar, deve o magistrado decretá-la, apontando os fundamentos que a autorizam.

³ Art. 8º da Lei n. 12.850/13 - “Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações” (BRASIL, 2013).

⁴ Art. 53, II, da Lei n. 11.343/06 - “a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL, 2006).

2.1.2 Prisão Temporária

Modalidade prisional que comporta legislação própria (Lei n. 7.960/89), e que surgiu denominada como a “prisão para averiguações”.

Tem por função principal assegurar a eficácia da investigação policial, por isso não pode ser aplicada em casos que a ação penal já esteja em curso. Pode ser decretada por representação da autoridade policial ou por requerimento do Ministério Público, excluindo-se a possibilidade do juiz decretá-la de ofício.

O artigo 1º traz as hipóteses de cabimento:

- a) Quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- b) Quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- c) Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; atentado violento ao pudor; rapto violento; epidemia com resultado de morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; quadrilha ou bando; genocídio; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro.

Sobre a taxatividade dessa Lei, aduz Polastri (2014, p. 211):

[...] a prisão temporária só será cabível em relação a crimes enumerados na Lei, seja na específica Lei nº 7.960/89, seja em outra lei ordinária, desde que acentuado o cabimento de prisão temporária. Trata, assim, o rol previsto na legislação de *numerus clausus*, **o que não impede que outra lei venha a alargar as hipóteses**. Ora, tratando-se de cautelar pessoal prisional, a interpretação da lei deve sempre ser restritiva.

A doutrina diverge quanto a esses requisitos para a decretação da prisão temporária. Uma corrente caminha para a necessidade de cumulatividade dos incisos I a III do referido artigo 1º, e a outra apenas para os incisos II e III.

Nucci (2013, p. 63) sustenta somente ser possível a decretação da temporária nas hipóteses previstas no inciso III, associadas à imprescindibilidade para as investigações do

inquérito policial, ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos suficientes ao esclarecimento de sua identidade.

Já Delmanto Junior (2001, pp. 160-161) ampara seu posicionamento na existência de uma única hipótese que justificaria cautelarmente a prisão temporária, que ocorre quando estiver presente, *in casu*, a prática de um dos crimes graves previstos no inciso III, acompanhada da ocorrência do inciso II, pois, em seu ver, a não identificação do acusado “não só prejudica a execução de eventual decisão condenatória, como também as próprias investigações, o que acaba aproximando o inciso II ao inciso I.”

No tocante ao prazo, este será de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (artigo 2º da Lei n. 7.960/89), e em caso de crime hediondo o prazo será de trinta dias, prorrogável por igual período, consoante o disposto no § 4º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90.

Por fim, ressalta-se que, expirado o prazo de encarceramento temporário determinado pelo magistrado, e não ter sido a prisão convertida em preventiva, o indiciado deve ser imediatamente libertado pela própria autoridade policial, independentemente da expedição de alvará de soltura, sob pena de configuração de constrangimento ilegal, passível de impetração de *Habeas Corpus*.

2.1.3 Prisão Preventiva

É prisão cautelar decretada exclusivamente pelo juiz de direito, desde que presentes os requisitos expressamente previstos na legislação.

Nas palavras de Pacelli e Costa (2013, p. 85),

Dentre as cautelares pessoais, em escala progressiva de onerosidade às liberdades individuais, emerge a prisão preventiva como a medida mais gravosa, eis que determinante à privação da liberdade do investigado ou processado apesar de sua condição pessoal de inocência afirmada constitucionalmente (art. 5º, LVII, CF).

Nos ensinamentos de Nucci (2013, p. 85), é “a medida cautelar, privativa de liberdade, voltada a assegurar a finalidade útil do processo criminal, seja no tocante à instrução, seja no referente à segurança pública e aplicação concreta da lei penal”.

Tem-se assim, por excelência, a principal modalidade de prisão cautelar, e que visa garantir a utilidade e efetividade do provimento jurisdicional futuro. “Sem embargo das críticas que se fazem à prisão que antecede à condenação definitiva, o certo é que todas as legislações a admitem como um ‘mal necessário’”. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 542).

Pode ser decretada durante a investigação policial ou já no curso da ação penal, e até após a sentença condenatória recorrível (LOPES JR, 2013, p. 85). Sobre a legitimidade para o estabelecimento da referida modalidade prisional, pode ser decretada pelo juiz, de ofício, no decorrer da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante, ou do assistente de acusação, ou por representação da autoridade policial, em qualquer fase processual (artigo 311, Código de Processo Penal⁵).

Tocante a esse ponto, a doutrina majoritária diverge da intenção do legislador. Entendem que a possibilidade de atuação *ex officio* do juízo fere a imparcialidade do julgador. “Trata-se de medida drástica de cerceamento de liberdade, razão pela qual haveria, sempre, de existir um exposto pedido da parte interessada (MP, assistente de acusação ou querelante)” (NUCCI, 2013, p. 86).

Lopes Jr., também crítico ao tema, sustenta que (2013, p. 86):

Infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e da própria garantia da imparcialidade do julgador. A nova redação do art. 311 não representou grande avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que no “curso da ação penal. [...] Talvez, o maior problema do ativismo judicial é a violação da imparcialidade, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva.

Os requisitos ensejadores da privação preventiva de liberdade estão previstos nos artigos 312 e 313⁶ do Código de Processo Penal, e são de observância obrigatória. Nucci

⁵ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (BRASIL, 1941)

⁶ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º) (BRASIL, 1941)

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver

(2013, p. 87) aduz que são três os fatores necessários à decretação: prova da materialidade do crime, indícios suficientes de autoria, além de um dos elementos variáveis previstos no citado artigo 312 do Código de Processo Penal.

Pressupõe-se a existência, portanto, do *fumus commissi delicti* – o fato tem de ser criminoso, além de existirem indícios de autoria e provas da materialidade -, e do *periculum libertatis* – que é a necessidade de segregação do acusado.

Válido salientar que a decisão que decreta a prisão preventiva exige fundamentação legal, sob risco de ofender o princípio da presunção de inocência. Desta decisão interlocutória não há recurso previsto, restando apenas a possibilidade de ser atacada através de *Habeas Corpus* (artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal⁷).

Conforme versa o artigo 316, “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”, ou seja, por essa decisão não fazer coisa julgada, pode ser revogada a qualquer momento, desde que desapareçam os requisitos ensejadores da medida cautelar.

Ainda, dentro da modalidade da prisão preventiva, há um específico momento processual em que esta poderá ser decretada: na decisão de pronúncia do réu ao Tribunal do Júri. A doutrina majoritária considera a prisão pela decisão de pronúncia como uma nova modalidade prisional, todavia, não se entende dessa maneira, e sim que se trata apenas de um momento característico em que o juízo poderá, se presentes os requisitos, decretar a prisão preventiva do réu.

Em se tratando de crimes dolosos contra a vida e dos delitos a eles conexos, o procedimento de julgamento é bifásico, escalonado. A primeira fase, chamada de *judicium accusationis*, inicia com a exordial acusatória e termina com a apreciação pelo magistrado da imputação que é feita ao acusado, cabendo a ele optar pela pronúncia, impronúncia ou desclassificação do crime. A segunda fase, conhecida como *judicium causae*, acontece somente quando houve a pronúncia, e submete o réu a julgamento em plenário pelo Conselho de Sentença (POLASTRI, 2014, p. 237).

violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL. 1941).

⁷ LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; (BRASIL, 1988).

Do glossário jurídico do Supremo Tribunal Federal colhe-se a definição de decisão de pronúncia:

Decisão que leva o acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri. O magistrado, ao verificar a presença e a materialidade do crime e dos indícios suficientes de autoria, submete o réu a julgamento pelo Júri popular por meio de sentença fundamentada, indicando os dispositivos de lei pelos quais ele responderá.

Ocorre a pronúncia, portanto, quando o magistrado, nos crimes dolosos contra a vida ou a eles conexos, convencido da existência de provas da materialidade e indícios suficientes de autoria delitiva, pronuncia o réu para que seja submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

A prisão decorrente da decisão de pronúncia, prevista no §3º do artigo 413 do Código de Processo Penal⁸, é a medida que almeja assegurar a presença do réu no julgamento em plenário, todavia, ressalta-se que a decisão de pronúncia, por si só, não tem o condão de determinar a segregação cautelar do réu, já que esta só pode ser decretada quando verificada a existência de requisitos objetivos e subjetivos, os quais devem ser ponderados pelo julgador.

Por mais que decorrente da pronúncia, a prisão deve seguir os requisitos autorizadores da prisão preventiva, dessa forma, o réu passa a ser preso com base nos fundamentos da prisão preventiva, e não em decorrência da decisão que o pronunciou. Polastri conclui que (2014, p. 239),

Assim, apesar de poder ser chamado este tipo de prisão cautelar de “prisão por razão da pronúncia”, na verdade sua natureza é de prisão preventiva, só que é decretada no momento da pronúncia agindo-se, assim, agora, com melhor técnica, já que fica evidente que pode ser decretada a prisão do réu que estava solto e mesmo há possibilidade de substituição de outra cautelar prisional anteriormente decretada.

Por fim, sobre o momento de decretação da prisão preventiva, cabe trazer ainda a hipótese prevista no artigo 387, §1º, do Código de Processo Penal, que dispõe que o juiz, ao proferir sentença condenatória decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta (BRASIL, 1941).

⁸ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código (BRASIL, 1941).

Nucci diz que (2013, p. 104):

Sempre que o magistrado proferir sentença condenatória, impondo regime prisional, sem qualquer benefício alternativo, deve pronunciar-se, expressamente, a respeito da custódia cautelar do réu. Se estiver preso, durante a instrução, como regra, continuará nessa situação até o trânsito em julgado da decisão. Se estiver solto, visualizados os requisitos do art. 312 do CPP, deve ser decretada a sua prisão. Nada impede, ainda, que esteja preso e, proferida a decisão condenatória, não mais persistam os motivos da preventiva, permitindo a sua soltura.

2.2 Princípios constitucionais norteadores da Segregação Cautelar

Para que seja possível a análise do direito processual penal, e de todo o ordenamento jurídico em si, é primordial não só uma visão sobre as medidas cautelares pessoais em espécie, mas, principalmente, acerca da estrutura sobre a qual estas se arquivam.

Segundo Queiroz (2008, p. 37), do ponto de vista do direito legislado, positivo, todo o Direito nasce e se finda na Constituição Federal, fundamento de validade da ordem jurídica, porque o sistema jurídico deve se pretender lógico, coerente e hierarquizado, estando todas as normas vinculadas ao texto constitucional.

Assim, já que toda legislação positiva pressupõe sempre certos princípios gerais do Direito, a sua não observância compromete e deslegitima todo o desenvolver da tutela penal e do exercício do direito de punir, tanto na cominação das penas quanto na sua aplicação.

Os pressupostos de criação, vigência e execução do resto do ordenamento jurídico convertem-se, então, em elemento de unidade. Em virtude disso, toda a legislação infraconstitucional há de estar em conformidade com os princípios e regras constitucionais em que se fundam.

Na Constituição Federal, os princípios fundamentais baseiam e fundamentam a ordem jurídica, além de harmonizarem e darem coerência ao texto normativo, com o intuito de reprimir os conflitos existentes ou que possam vir a ocorrer. Os princípios constitucionais surgem com natureza de fonte supletiva das leis e dos costumes, e permitem ao juiz decidir, no caso concreto, entre os interesses opostos.

No direito processual penal, especialmente no que tange às medidas cautelares e à prisão, os princípios fundamentais constitucionais explícitos e implícitos possuem um valor ainda maior, tendo em vista a gravidade das medidas e a responsabilidade estatal envolvida. A construção do sistema processual penal de um ordenamento jurídico é calçada nos elementos extraídos de sua Constituição, mesmo caminho que seguem as medidas cautelares e a prisão, que devem partir do pressuposto da observância e regra ao direito à liberdade.

Restringir a liberdade de um indivíduo é medida de caráter excepcional, não automática, sempre observadas as circunstâncias do caso concreto. Assim, por medida de justiça, o equilíbrio, a proporcionalidade e a finalidade entre as medidas coercitivas utilizadas pelo Estado devem nortear a atuação do juízo, a fim de garantir a eficácia da opressão às infrações penais, protegidos os direitos e garantias individuais assegurados na Constituição.

Jorge André de Carvalho Mendonça (2014, pp.117-133) se manifesta sobre tema:

Em um primeiro momento os princípios gerais do direito penal e processual penal não estavam positivados. Nas três primeiras etapas históricas, seja a antiga, a da origem divina ou da base racional, vinham do direito natural.

Após sua positivação, consolidada pelas Declarações Americana e Francesa do século XVIII, os princípios originaram os chamados direitos fundamentais. Através deles os burgueses pretendiam nada mais que afastar qualquer intromissão que impedisse o seu lucro excessivo, ainda que em prejuízo da grande massa da população.

A Constituição Federal de 1988 dispõe de limitações penais do *ius puniendi* a nortear o seu desenvolvimento. Nas prisões processuais, incidem garantias ao indiciado ou acusado expressamente previstas no texto constitucional, *in verbis*:

Art. 5º. [...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; (BRASIL, 1988).

Como orientadores das prisões cautelares, os princípios trabalham de forma interdependente e em complementação mútua. O sistema principiológico não é formado pela

unidade, é, na verdade, edificado pela união de todos eles. Seguindo os ensinamentos de Bobbio (1991, p. 158), os princípios são normas imperativas como todas as outras, pois, antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas eles também.

Essas limitações constitucionais, por tratarem de um conflito entre direitos igualmente fundamentais, estabelecem um rumo aos procedimentos que segregam a liberdade de um cidadão, definem a margem de atuação e preservam, de forma absoluta, princípios inerentes a todo ser humano.

A partir dessas explanações, pode-se discorrer a respeito dos princípios específicos relacionados à privação cautelar de liberdade de um indivíduo.

Provisoriedade: a natureza da prisão cautelar já é provisória, pois, em sua essência, visa tutelar temporariamente uma situação até que aconteça o desdobramento judicial adequado. Por medida provisória que é, a prisão processual deverá ser breve e se, em *ultima ratio*, for decretada, sucinto também deverá ser o próprio processo.

Crítico sobre o tema, Lopes Jr. se manifesta dizendo (2013, p. 37),

Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*.

Excepcionalidade: no Código de Processo Penal, dois dispositivos se referem à excepcionalidade da prisão cautelar:

Art. 282 [...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...]

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; (BRASIL, 1941).

Mesmo que discreta, a intenção do legislador é a de demonstrar a subsidiariedade da privação da liberdade do indivíduo antes de uma sentença transitada em julgado. Frisa-se aqui um tema polêmico do Processo Penal, que é a dificuldade de encontrar o equilíbrio entre o direito do indivíduo à liberdade e a eficaz resposta do Estado à sociedade no tocante à repressão dos delitos, a fim de restaurar a ordem social.

Dos ensinamentos de Carnelutti (1950, p. 71) extrai-se a cautela necessária aos togados para a aplicação de tais instrumentos processuais, pois de forma alguma podem se tornar rotina ou regra:

As exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em uma situação absolutamente análoga ao de condenado. É necessário algo mais para advertir de que a prisão do imputado, junto com sua sujeição, tem, sem embargo, um elevado custo? O custo se paga, desgraçadamente em 'moeda justiça', quando o imputado em lugar de culpável é inocente e já sofreu, como inocente, uma medida análoga a pena; não se esqueça que, se a prisão ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar falsas provas ou para destruir provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça porque, ao contrário, lhe impossibilita de buscar e de proporcionar provas úteis para que o juiz conheça a verdade. A prisão preventiva do imputado se assemelha a uma daquelas medicinas heróicas que devem ser propinadas pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também podem ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia e sobretudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas, ah, se este abusa dela!

Acrescentando a lição apresentada por Lopes Jr. (2013, p. 43),

Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que FERRAJOLI denomina “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso”.

Tem-se, portanto, que as prisões cautelares requerem do juiz prudência e cuidado, pois, por *ultima ratio* do sistema processual penal que são, servem como necessárias apenas aos casos excepcionais.

Proporcionalidade: no entendimento de Lopes Jr. (2013, p. 45) é considerado como o princípio dos princípios, pois baliza todo sistema das prisões cautelares.

Por ele, exige-se que as medidas cautelares sejam aplicadas somente quando realmente necessárias, observados, de forma obrigatória, os fins pretendidos, sua duração e intensidade.

A medida imposta ao indivíduo deve, dentro da resposta necessária à gravidade do delito, atender à finalidade do ato, observados pelo juiz, diante do caso concreto, obrigatoriamente o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Dessa forma, conclui-se que,

Em suma, diante da polimorfologia do sistema cautelar e das diversas medidas alternativas previstas no art. 319, deverá o juiz agir com muita ponderação, lançando mão de medidas cautelares isoladas ou cumulativas e reservando a prisão preventiva como (verdadeira) última ferramenta do sistema (LOPES JR., 2013, p. 48).

Dignidade da pessoa humana: fundamento da República Federativa do Brasil, um Estado Democrático de Direito, e devidamente previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, o princípio da dignidade da pessoa humana resplandece sua extrema importância em todos os ramos do direito no ordenamento jurídico pátrio.

Tem por ideia central que

a dignidade da pessoa humana decorre do fato que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita: todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas já é marcado pela sua própria natureza, como fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio, o que limita, conseqüentemente, o seu livre arbítrio, [...] (CARVALHO, 2004, p. 355).

De acordo com Begalli (2010, p. 1), o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é a origem dos direitos humanos consagrados em nossa Lei Maior. Desse modo, ele se reflete em todos os ramos do Direito, mas pode-se dizer que, de um modo especial, está atrelado ao direito penal. Há conceitos que traduzem a dignidade da pessoa humana como sendo o “direito a naturalidade” ou ainda “direito a contingência”. Nesse vértice, a privação cautelar de liberdade, no sistema jurídico brasileiro, é o último recurso a ser empregado. A necessidade desse caráter mínimo de intervenção estatal na liberdade do cidadão só se excetua em situações graves ou que representem risco ou dano a algum direito fundamental.

Como valor intrínseco da pessoa humana, a dignidade é bem irrenunciável e inalienável, além de dever ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. Por isso, não há falar em relativização ou sobreposição por alguma outra norma à dignidade da pessoa humana, seu caráter absoluto é incontroverso, pois inerente ao ser humano.

Devido Processo Legal: princípio complexo, consagrado perante a Constituição Federal no artigo 5º, inciso LIV, que dispõe “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Garante-se ao acusado o direito de ser ouvido, de ter acesso à defesa técnica, de ser informado de todos os atos do processo, da publicidade e motivação das decisões, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado.

É a garantia de um processo justo e equitativo, onde as partes terão as mesmas oportunidades e tratamento, e que será conduzido por um juiz imparcial e independente.

É uma segurança constitucional de que a pessoa não poderá ser privada do seu direito de ir e vir, nem mesmo de seu patrimônio econômico e social, sem que sejam observadas as garantias previstas na legislação para que haja um decorrer justo do processo.

Alexandre de Moraes (2005, p. 93) leciona que esse princípio “configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa”. Dessa forma, revela-se a ideia do justo processo e com garantias, em que o acusador e o acusado encontram-se em pé de igualdade perante o órgão julgador, e assim seja assegurado o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do *decisum*.

Igualdade: na esfera penal trata-se de um desdobramento do princípio estabelecido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, o qual prevê que todos serão iguais perante a lei. Resulta, portanto, que as partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades (CAPEZ, 2014, p. 60).

O autor procede a lição dizendo “no processo penal, o princípio sofre alguma atenuação pelo, também constitucional, princípio do *favor rei*, postulado segundo o qual o interesse do acusado goza de alguma prevalência em contraste com a pretensão punitiva”.

Para José Afonso da Silva (2014, p. 225), a igualdade na área penal prevê “que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções hão de se aplicar a todos quantos pratiquem o fato típico nela definido como crime”.

Contraditório: princípio fundamentado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que dispõe: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988). Refere-se à possibilidade de oitiva da parte contrária ao ato. Garante-se às partes que elas participarão de forma ativa do processo, oportunizada a apresentação da argumentação necessária a fim de convencer o juízo.

Nicolitt (2011, p. 32) afirma ser o contraditório a organização dialética do processo, através da afirmação e da negação, pois os atos processuais se desenvolvem de maneira bilateral, que é a possibilidade das partes se manifestarem acerca de cada ato praticado.

O doutrinador Lopes Jr. (2013, p. 33) afirma que “ainda que seja um ilustre desconhecido do sistema cautelar brasileiro, o contraditório é muito importante e perfeitamente compatível com algumas situações da tutela cautelar”.

Ampla defesa: a previsão legal desse princípio é a mesma do princípio do contraditório citado anteriormente (artigo 5º, inciso LV, Constituição Federal). Visa garantir às partes uma plena e ampla defesa, que pode ocorrer através da autodefesa (realizada pelo próprio acusado) ou da defesa técnica (feita por defensor habilitado).

Intimamente ligado ao contraditório, as partes devem produzir e apresentar todas as provas e alegações necessárias à demonstração de seu direito, desde que respeitado o momento processual oportuno.

Publicidade: este princípio define que os atos processuais devem ser públicos, via de regra. Conforme dispõe o artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (BRASIL, 1988).

O intuito fim desse dispositivo é fornecer ao cidadão o acesso às informações dos fatos de interesse público, o direito à liberdade de informação, materializado através do asseguramento do acesso de qualquer pessoa ao processo e a assistir às audiências, ressalvados os casos de inviolabilidade à honra e à imagem.

É um meio pelo qual a população pode atuar como fiscal do Poder Judiciário, tomar conhecimento e formar a opinião pública sobre os temas de interesse comum à sociedade.

Presunção de inocência: conhecido também como princípio da não culpabilidade, há divergências doutrinárias quanto a essa nomenclatura, mas em ambos os nomes o sentido do referido princípio é o mesmo, sendo o trazido pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que prevê: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

É uma das mais importantes garantias penais trazidas no texto constitucional, pois visa coibir e limitar o autoritarismo estatal, do qual se extrai a lição de que o Estado, como detentor originário do direito de instaurar a persecução penal, é incumbido de provar a ocorrência da conduta delituosa e a culpabilidade do suposto autor dos fatos.

Elenca-se que esse princípio pode ser entendido pela concepção de garantia efetiva do indivíduo em face do poder punitivo, impedindo toda e qualquer tentativa de arbítrio de presunções que possam prejudicá-lo, sendo um óbice à atuação repressiva estatal, não devendo existir, ou, ao menos, sendo minimizadas, as restrições que dele possam decorrer à referida atividade estatal, no que concerne à aplicação legislação penal material.

Capez posiciona-se no sentido de que (2014, p. 79):

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

Importante frisar que esse princípio não afasta a constitucionalidade de nenhuma das modalidades de prisão cautelar, sendo reconhecido pela jurisprudência que, em que pese a presunção de não culpabilidade do réu, é possível a incidência da medida sobre sua liberdade, desde que observadas a excepcionalidade, necessidade e instrumentalidade processual exigida.

Por fim, outro aspecto fundamental relevante é a obrigatoriedade da motivação das decisões que se referem à segregação cautelar. Cuida-se de um princípio-garantia inerente a todo indivíduo neste Estado Democrático. Dever constitucional do magistrado previsto no

artigo 93, inciso IX⁹, visa que o julgador manifeste claramente as razões de fato e de direito que o levaram a firmar seu livre convencimento.

Nota-se que essa fundamentação requer os motivos substanciais adotados pelo juiz, as razões de fato e de direito que conduziram sua decisão, e não apenas o mero formalismo de referência ao texto legal. A intenção dessa medida é, justamente, o afastamento da arbitrariedade e parcialidade do juízo, incompatíveis com a norma constitucional vigente. A ausência de motivação acarreta na impossibilidade de controle sobre os requisitos das medidas cautelares, o que importará na invalidade ou nulidade do ato.

2.3 Medidas cautelares como mecanismos alternativos à privação de liberdade

No ano de 2011, com o advento da Lei n. 12.403, o Código de Processo Penal sofreu relevantes modificações no tocante às medidas cautelares pessoais, “rompendo com o binômio prisão-liberdade até então vigente” (LOPES JR., 2013, p 145). Na ideia de Polastri (2014, p. 254), era urgente a necessidade de adoção de medidas substitutivas à prisão, a fim de evitar que o magistrado utilizasse de seu poder de cautela, devendo esse estar intimamente adstrito a real necessidade, adequação e proporcionalidade da medida cautelar a ser decretada.

Renato Brasileiro de Lima, ao discorrer sobre assunto (2012, p. 382), diz que

[...] durante anos e anos, nosso sistema processual penal ofereceu ao magistrado apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: prisão cautelar ou liberdade provisória, lembrando que essa medida de contracautela só pode ser concedida àquele que foi anteriormente preso em flagrante. Tem-se aí o que a doutrina denominava de *bipolaridade cautelar do sistema brasileiro*. Significa dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória.

O intuito da nova lei foi que, no caso concreto, o juiz pudesse interpretá-la aplicando a providência mais adequada, observados os critérios de legalidade e de proporcionalidade.

⁹ Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 219101, do Rio de Janeiro, sob relatoria do Ministro Jorge Mussi, comentou a mudança legislativa. Extrai-se:

[...] Com a inovação legislativa introduzida pela Lei n. 12.403/2011, o Código de Processo Penal passou a capitular diversas providências substitutivas à prisão, sendo essa aplicada apenas quando aquelas não se mostrarem suficientes a repressão e a reprovabilidade do delito. [...] (*Habeas Corpus* n. 219.101/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta turma, j. 10-04-2012).

Assim, Nucci conclui (2013, p. 118):

O novo art. 319 traz o rol das medidas cautelares, alternativas à prisão, podendo significar uma mudança de mentalidade dos operadores do Direito e também no quadro prisional brasileiro. Muitos acusados, que merecem algum tipo de restrição em sua liberdade, pelo fato de estarem respondendo a processo-crime, em virtude da prática de crime grave, não precisam, necessariamente, seguir para o cárcere fechado. Por vezes, medidas alternativas serão suficientes para atingir o desiderato de mantê-lo sob controle e vigilância.

As modalidades de medidas cautelares diversas da prisão estão previstas no rol taxativo do artigo 319 do Código de Processo Penal:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica (BRASIL, 1941).

Destaca-se que essas medidas podem ser decretadas de forma independente, isolada ou cumulativa (POLASTRI, 2014, p. 254), conforme dispõe o artigo 282 do Códex Processual Penal¹⁰.

Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 383) e Aury Lopes Jr. (2013, p. 145) salientam que, por se tratarem de provimentos de natureza cautelar, em nenhuma hipótese as medidas cautelares poderão ser adotadas automaticamente pela prática do ato criminoso, nem mesmo quando não estiverem presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, que são os fundamentos autorizadores da prisão preventiva.

Essas medidas alternativas são norteadas pelos mesmos princípios que as prisões cautelares, na medida do que lhes for cabível, como o princípio da motivação, do contraditório, da provisionalidade, da excepcionalidade e da proporcionalidade (LOPES JR., 2013, p. 148).

Introduzido o tema, possível agora discorrer brevemente acerca de cada um dos incisos do artigo 319 do Código de Processo Penal.

I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades:

Requer, para título de fiscalização, que o indivíduo compareça periodicamente (diariamente, semanalmente, mensalmente, a depender da frequência definida) à presença do togado, a fim de demonstrar, através de prova idônea, as atividades que realiza (REIS e GONÇALVES, 2014, p. 405).

“Essa medida cautelar tem como objetivo precípua verificar que o acusado permanece à disposição do juízo para a prática de qualquer ato processual, mas também pode ser usada para se obter informações acerca das atividades que o acusado está exercendo” (LIMA, 2012, p. 385).

É comumente utilizada em casos de crimes contra o patrimônio, especialmente naqueles mais graves e quando se perceber que o autor não tem emprego certo ou residência fixa (NUCCI, 2013, p. 121).

¹⁰ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (BRASIL, 1941).

II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações:

Cuida-se de uma das medidas mais criticadas pela doutrina, pois não há estrutura estatal compatível para a realização da fiscalização do seu cumprimento ou não (POLASTRI, 2014, p. 258).

Impede-se que o agente compareça a determinados lugares ou estabelecimentos que possam favorecer ou estimular o cometimento de novas infrações.

A lei não prevê expressamente quais os recintos proibidos de comparecimento. Assim, cabe ao juiz, em análise do caso concreto, determiná-los de forma específica, podendo englobar locais públicos ou privados (abertos ao público ou não), desde que exista uma relação entre o local de acesso restrito e a prática do ilícito (LIMA, 2012, p. 387).

III - Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante:

Essa modalidade de medida cautelar visa tutelar uma pessoa determinada, que, via de regra, é a vítima ou uma testemunha, sempre de forma individualizada (LOPES JR., 2013, p. 152), a fim de evitar qualquer tipo de temor ou novas desavenças entre as partes, protegendo-se assim, suas integridades físicas e o andamento processual.

IV - Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução:

Medida aplicada nos casos em que a permanência do acusado na comarca for conveniente para a investigação ou instrução criminal, e para o bom andamento processual. Para Polastri (2014, p. 259), “na verdade, o que se quer é evitar a fuga, além de deixar o acusado presente para fins de provas, desde que estas não sejam passíveis de autoincriminação, quando a diligência ou prova dependerá de concordância do agente”.

O doutrinador Aury Lopes Jr. (2013, p. 154) critica o tema, pois não vislumbra fundamento legal que obrigue o réu a permanecer na comarca em razão da “conveniência ou necessidade para investigação ou instrução”, já que, de qualquer forma, a produção probatória poderia ser “prejudicada” nos casos em que o acusado utilizasse seu direito de permanecer em silêncio.

Detalhe relevante sobre o tema é que essa medida cautelar em momento algum revogou a possibilidade da decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia de

aplicação da lei penal prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal (LIMA, 2012, p. 392).

V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos:

“É *conditio sine qua non* para a agente fazer jus à medida que tenha residência e trabalho fixos” (POLASTRI, 2014, p. 260). O indivíduo que está sujeito ao recolhimento domiciliar deverá permanecer nas dependências de sua residência todas as noites, fins de semana e dias de folga.

No entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 393), cuida-se de medida menos gravosa que a prisão domiciliar, pois permite que o acusado trabalhe durante o dia, além de estar baseada na sua autodisciplina e no seu senso de responsabilidade.

Normalmente, para fins de fiscalização e para assegurar a máxima eficácia, esse instrumento processual vem cumulado com o monitoramento eletrônico (REIS e GONÇALVES, 2014, p. 407).

VI - Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais:

Possui aplicação quando da ocorrência de crimes econômicos ou de delitos praticados por servidores públicos, no exercício de suas funções¹¹, contra a administração pública, com intuito de impedir o cometimento de novas infrações, desde que o agente tenha se aproveitado de sua função pública ou de sua atividade econômica ou financeira para realização da jornada delituosa (nexo funcional entre o delito e a função do indivíduo)(LIMA, 2012, pp. 394-395).

O autor (2012, p. 396) continua seu raciocínio afirmando que essa medida, além de impedir a reiteração criminoso, também serve para garantir a investigação ou instrução criminal:

¹¹ Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público (BRASIL, 1940).

Da mesma forma que a suspensão do exercício da função pode ser determinada para evitar novas práticas delituosas, a medida também pode ser imposta para que o acusado não se utilize de suas funções para destruir provas, pressionar testemunhas, intimidar vítimas, ou seja, para obstruir a investigação de qualquer forma ou prejudicar a busca da verdade.

VII - Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração:

O inciso é claro e apresenta os três requisitos cumulativos exigidos para sua decretação: crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; inimputabilidade ou semi-imputabilidade demonstrada por perícia; risco de reiteração criminosa (LOPES JR., 2013, p. 156).

Essas condições estabelecidas pelo legislador demonstram que a medida deve ser aplicada com o fim de proteção da sociedade contra a possível prática de crimes graves (LIMA, 2012, p. 400).

A internação provisória deve ocorrer em locais apropriados, separados do cárcere comum (NUCCI, 2013, p. 124), ou seja, em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, nos moldes do artigo 96, inciso I, do Código Penal¹².

VIII - Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial:

“A fiança é uma garantia real, consistente no pagamento de determinado valor em dinheiro ou na entrega de bens ao Estado, com o fim de assegurar o direito de permanecer em liberdade, no curso de investigação ou processo” (NUCCI, 2013, p. 124).

De acordo com Reis e Gonçalves (2014, p. 407), pode-se dizer que é uma medida de contracautela para evitar a segregação cautelar de liberdade do indivíduo, nos casos em que é possível oferecer uma garantia ao juízo.

Por fim, pela redação do §4º do artigo 319, a fiança poderá ser isolada ou cumulada com outras medidas cautelares.

IX – Monitoração eletrônica:

Nessa última modalidade de medida cautelar alternativa à prisão, há a possibilidade de vigilância ininterrupta do indivíduo, tutelando o risco de fuga e a prática de

¹² Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (BRASIL, 1940).

novas infrações. Costuma ser útil também, pela monitoração constante, à eficácia das demais medidas cautelares, como por exemplo, o recolhimento domiciliar e a proibição de ausentar-se da comarca (LOPES JR., 2013, p. 161).

A medida em questão, assim como as demais medidas cautelares, tem caráter coercitivo, daí por que é desnecessária a anuência do indiciado ou acusado para a sua decretação. É bem verdade que não se pode constranger o destinatário da medida, física ou moralmente, a utilizar o equipamento eletrônico, mas sua recusa, que importa em descumprimento da obrigação imposta, é motivo para decretação da prisão preventiva (REIS e GONÇALVES, 2014, p. 408).

Esgotadas as medidas cautelares em espécie, há que se tocar num ponto crucial do tema, que é a ausência legal de prazo máximo de duração desses instrumentos processuais, o que, assim como a prisão preventiva, pode gerar abusos por parte do juiz. Cabe ao togado atentar-se à situação em concreto, e à necessidade real da medida, pautando-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (LOPES JR., 2013, p. 148).

Por fim, no tocante ao descumprimento das medidas cautelares diversas da prisão, Renato Brasileiro de Lima leciona que (2012, p. 384),

Apesar do silêncio do legislador, que se limitou a prever que do descumprimento de qualquer das obrigações impostas poderá resultar a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 282, §4º), acreditamos que, para cada medida cautelar diversa da prisão, devem ser pensados instrumentos idôneos para assegurar sua operacionalidade e eficácia.

3 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A noção de “ordem pública”

No ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na legislação processual penal, não há uma definição para o termo “ordem pública”. Tem-se, assim, apenas o trabalho de doutrinadores e da jurisprudência buscando conceituar a expressão.

“Ordem pública”, nas palavras de Bobbio, Matteucci e Pasquino (1909, 2 v, pp. 851-852), é, numa concepção objetiva, “uma circunstância de fato como um fim do ordenamento político e estatal e nesse sentido o encontramos na legislação administrativa, policial e penal como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada”.

Em outros termos, é a normalidade e conveniência aos princípios gerais de ordem almejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento. É o limite ao exercício de direitos.

Nas palavras e ensinamentos de Vicente Greco Filho (2012, pp. 285-286),

Ordem pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo. Não quer dizer, também, clamor público. Este pode ser revelador de uma repulsa social, indicativa de violação da ordem pública, mas pode, igualmente, significar vingança insufladora da massa ou revolta por interesses ilegítimos contrariados. É ordem pública, porém, a necessidade de resposta criminal a crimes que atentam contra o sentimento social básico de respeito ao próximo, como crimes praticados com violência desmedida, o praticado contra pessoas indefesas como crianças e idosos, os praticados com requintes de crueldade, ou aqueles que, inclusive tendo em vista o comportamento dissimulado, desafiador, repulsivamente frio ou análogo, causam justa revolta social e que, por essa razão, são incompatíveis com a permanência do agente em liberdade. Caberá ao juiz distinguir as situações.

Para De Plácido e Silva (1987, v. III, p. 291), é “a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto”.

Tourinho filho (2011, pp. 556-557) tem como ordem pública a paz e a tranquilidade no meio social, e confirma que a expressão pode ser traduzida em diversas situações - periculosidade do réu, crime grave, clamor social, repercussão na mídia, além de qualquer outra situação que possa ser moldada ao termo. E continua, “a prisão preventiva,

nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada tem de cautelar”.

Pela lição de Luiz Flávio Gomes e Patrícia Souza (2009¹³), a ordem pública está relacionada à paz ou à tranquilidade social. Conceito este, aberto, e que deve ser interpretado de forma restritiva. O autor exemplifica que a periculosidade do agente, quando constatada no caso concreto, abre as portas para a decretação da prisão preventiva sob o fundamento da ordem pública. Mas, por outro lado, não é possível decretá-la pelo fundamento de crime grave, pois isso, por si só, não significa periculosidade. Ainda, ressalta que ordem pública e clamor público – normalmente reconhecido como a repulsa ao crime - não podem ser confundidos de forma alguma, e este elemento não é capaz de ensejar a prisão preventiva.

O Ministro Ayres Brito, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 102065/PE, relatou desconforto pela dificuldade na conceituação de “ordem pública”, afirmando que não consegue se sentir absolutamente tranquilo no tocante à formulação de um conceito acerca da matéria. Extraí-se da ementa:

O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação ou de insegurança que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito ou, de qualquer forma, representará agravo incomum a uma objetiva noção de segurança pública. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social. (STF, *Habeas Corpus* n. 102065, rel. Min. Ayres Brito, Segunda Turma, j. 23-11-2010)

Percebe-se, portanto, a vagueza, a abrangência e a amplitude da noção de “ordem pública”, vulgarmente conhecida como o “calcanhar de Aquiles do processo penal brasileiro” (PACELLI e COSTA, 2013, p. 92), o que, de forma perigosa, abre margem à tão temida insegurança jurídica no ordenamento.

¹³ GOMES, Luiz Flávio; SOUZA, Patricia Ap. *Prisão preventiva: conceito de "ordem pública"*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 13 de abril de 2009. Acesso em 22 abril 2015.

O Ministro Eros Grau, no corpo de seu voto no *Habeas Corpus* n. 95009-4/SP, aduziu:

[...] A custódia cautelar voltada à garantia da ordem pública não pode, igualmente, ser decretada com esteio em mera suposição --- vocábulo abundantemente usado na decisão que a decretou --- de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinquindo. Seria indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da medida extrema (STF, Habeas Corpus n. 95009, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 06-11-2008)

Na tentativa de definição de “ordem pública”, alguns autores adotam uma espécie de conceito negativo, pois, diante da impossibilidade de definir objetivamente o que ela significa, utilizam-se do método que identifica aquilo que a afeta, alcançando, assim, uma conceituação para o momento da ausência da ordem pública.

Sabbá Guimarães (2014, p. 74) é partidário dessa lição e entende que a defesa e a manutenção da ordem pública representam uma reação àquilo que se entende por desordem pública, sendo que essa reação deve estar ajustada ao conjunto de pretensões político-jurídicas concebidas pela e para a comunidade, a qual almeja um Estado Democrático de Direito.

No ensinar de Pacelli e Costa (2013 *apud* PACELLI e COSTA, 2008, p. 93),

[...] o vocábulo *ordem pública*, consoante se acha inscrita no art. 312 do CPP e malgrado a pluralidade de sentidos que dali se pode obter, parece indicar maiores cuidados e preocupações com a *estabilidade* e/ou *tranquilidade* da comunidade, em relação ao cumprimento, pelo Póde Público, das funções que lhe são inerentes em tema de segurança pública.

Fosse de outro modo, a abertura e a indeterminação do termo (ordem pública) se prestariam, sempre e a depender das variações do humor político, a autorizar a validade de um permanente e eficaz sistema de controle social, em manifesto prejuízo das liberdades públicas. Nessa perspectiva, o conceito de *público*, bem como o de *ordem*, estariam sempre à *mercê* de interesses os mais diversos, sempre ao alcance da manipulação da opinião *igualmente pública*.

Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 257) compactua da vagueza trazida pela expressão *in comento*, “gerando controvérsias na doutrina e jurisprudência quanto ao seu real significado”.

Ainda discorrendo sobre o tema, o autor conta que no Projeto de Lei n. 4.208/2001, que deu posteriormente origem à Lei n. 12.403/2011, foi proposta uma nova redação ao artigo 312 do Código de Processo Penal, a qual eliminaria do ordenamento jurídico a expressão “ordem pública”, colocando nesse lugar critérios mais precisos para a decretação da prisão preventiva. No entanto, o Congresso Nacional optou pela manutenção da redação original do referido artigo, mantendo-se a permissão para a decretação da prisão

preventiva com base na garantia da ordem pública e da ordem econômica (LIMA, 2012, pp. 257-258).

Quando da edição da Lei n. 12.403/11, a qual modificou parte das cautelares pessoais, o legislador perdeu a chance de eliminar o requisito da ordem pública e o da ordem econômica do ordenamento, ou, pelo menos, de melhor delimitá-los, porém optou por mantê-los da mesma forma (POLASTRI, 2014, p. 223).

Ao abordar o tema, Lopes Jr. e Moraes da Rosa (2015¹⁴) sustentam que a reforma legislativa de 2011 (Lei n. 12.403) foi um retrocesso no sistema jurídico brasileiro, pois adotou novamente o texto do artigo 312 do Código de Processo Penal, redigido em 1941, estabelecendo a garantia da ordem pública como fundamento para a privação cautelar da liberdade, o que vai de encontro ao sistema penal mínimo. Torna-se a prisão preventiva como conveniente para a manutenção e ampliação dos poderes discricionários do julgador, eis que configurada como uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado.

Segundo os autores: “Em suma, a prisão para garantia da ordem pública possui um *defeito genético*: não é cautelar. Portanto, substancialmente inconstitucional, embora vedete do processo penal brasileiro”.

Impende-se constar que Nucci (2013, p. 88) partilha do pensamento de que “o legislador poderia ter ousado, definindo ou detalhando o que vem a ser cada um dos fatores da prisão preventiva, ao menos os mais abrangentes, como garantia da ordem pública e da ordem econômica”.

Autor que se manifesta sobre a matéria de forma audaciosa e que merece destaque é Maurício Zanóide de Moraes (2010, pp. 727-749).

Em primeira explanação de seu pensamento, vale ressaltar que “a prevalecer o sistema atual, continuamos a entender inconstitucional a amplitude e falta de parâmetro dos conceitos de ‘ordem pública’ e ‘ordem econômica’”, fazendo com que “nos moldes que se encontra prevista em nossa legislação, é inconstitucional e não pode ser aplicada nos moldes abertos em que nossa cultura jurisprudencial e doutrinária se habituou a fazer”. Pontua-se que o autor não defende a retirada do conceito do sistema, somente almeja reduzi-lo através de um balizamento infraconstitucional – que ainda não existe.

Prosseguindo, o lecionador apresenta o posicionamento de duas correntes doutrinárias sobre o tema.

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>. Acesso em: 06 mar. 2015.

A primeira, chamada de “processualista”, defende a impossibilidade absoluta de qualquer espécie de prisão por razões materiais, ou seja, baseada na ordem pública, pois se trataria de uma antecipação de pena, ferindo-se, assim, a presunção constitucional de inocência. Por esse raciocínio, a ordem pública se enquadraria como um fundamento material, e não processual, e não teria o condão da cautelaridade necessário para a decretação da prisão processual, que almeja a regular realização da persecução penal e de seu resultado.

De outro norte, há aqueles conhecidos como “materialistas”, que aceitam a decretação da prisão tanto por razões processuais, quanto materiais, justificando que a lei processual penal abrange essas hipóteses no momento em que insere as expressões “ordem pública” e “ordem econômica”, e que esses fundamentos atendem a interesses públicos ou coletivos, sendo que a presunção de inocência seria apenas interesse particular.

O autor, por sua vez, não se filia a nenhuma das correntes, sugerindo que é necessário criar um novo espaço de consenso juspolítico na delimitação do conceito de “ordem pública”, iniciando-se por uma diminuição do conflito entre a prisão provisória e a presunção de inocência, até um mínimo de hipóteses excepcionais. Então, a partir daí se chegaria a uma escolha baseada na ponderação de valores de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso concreto do que seria essa “ordem pública”, de modo a reduzir seu campo de incidência e, quando aplicada, seja de maneira proporcional.

A ideia central apresentada por Zanóide é o estabelecimento de três requisitos mínimos cumulativos para que seja possível delimitar, de forma segura, o conceito de “ordem pública”, mantendo-se indispensável à análise casuística. “O que se deseja é fornecer padrões mínimos fora dos quais há ilegalidade (por abuso ou excesso) na utilização daquele conceito de ‘ordem pública’. Esses parâmetros são externos ao conteúdo de ‘ordem pública’ e funcionam como limites para sua expansão indevida e desregrada” (2010, p. 743).

Os requisitos a serem observados são: a pena prevista para o crime; as circunstâncias e a forma de execução; e a relação temporal entre o reconhecimento da autoria e a determinação da prisão. Esses elementos têm em comum o ato ocorrido, e não há outro aspecto estranho, prévio ou seguinte aos fatos supostamente criminosos, do qual seja possível extrair consequências materiais autorizadas da segregação de liberdade. Bem define o autor que (2010, p. 744)

qualquer impressão, razão ou causa de decidir judicial que se funde em aspecto estranho ao fato cometido representa um afastamento da análise do caso concreto, passando-se a determinar prisões por fatores emotivos [clamor público, abalo social, repercussão social], voltados a punir o imputado pelo que ele é ou, pior, pelo que ele foi, e não pelo que eventualmente tenha feito.

Examinando-se um a um dos requisitos, Zanóide defende o porquê de cada escolha. O primeiro, referente “à pena fixada abstratamente para o crime”, justifica-se na questão da proporcionalidade, pois, de forma lógica, não há razão para segregar um indivíduo se o crime cometido por ele nem mesmo comporta pena privativa de liberdade. Tocante às “circunstâncias e forma demonstradas do cometimento do suposto crime”, remete-se à ideia de que o modo de execução da jornada delituosa, às vezes, traz maior conotação aos fatos do que o próprio delito, como, por exemplo, nos casos de tortura, tráfico de drogas com uso de crianças, entre outros, e que por isso o exame desse fator requer uma conjunção de aspectos retirados do caso concreto. Por fim, quanto “a relação de tempo entre o conhecimento da autoria e do ato imputado e a decretação da prisão provisória”, tem-se que são elementos inversamente proporcionais, uma vez que quanto maior o tempo decorrido entre a realização do fato e a efetiva prisão, menor será a necessidade de privação de liberdade desse indivíduo, salvo se existirem outras circunstâncias agravantes relacionadas ao acontecimento.

Desses três fatores citados, o segundo é o que exige maior cautela, e, por isso, nunca vem isolado, controlando-se ainda mais a possibilidade de subjetivismos. “A cumulatividade, portanto, desempenha papel fundamental como limitadora em eventual interpretação destinada a ampliar o conceito de ‘ordem pública’” (2010, p. 747).

Concluindo o ciclo de pensamento, Maurício Zanóide de Moraes assevera que a ordem pública precisa sim de limitações, pois atua como limitador de um direito fundamental do indivíduo, que é a sua liberdade, e por isso sua amplitude deve ser substancialmente reduzida.

Transcreve-se importante arremate (2010, p. 749):

[...] Não se aceita, e nesse ponto não há como se colocar a par com a doutrina processualista, que os conceitos de “ordem pública” e “ordem econômica” continuem a desempenhar papel de restrição de direito fundamental nos moldes ilimitados em que hoje vêm previstos no ordenamento processual penal.

Toda intervenção estatal a direito fundamental somente pode ser considerada legítima e, portanto, ser considerada uma restrição aceitável, se ela cumpre o pressuposto da legalidade processual estrita e se pode ser controlada pela proporcionalidade.

Em nossa legislação processual penal infraconstitucional, ambas expressões indicadas são carentes tanto de legalidade estrita quanto de proporcionalidade. Falta-lhes legalidade “estrita” porquanto são conceitos abertos e não estão acompanhados de qualquer referência limitadora em sua extensão, ou que possa servir de parâmetro para o juiz extraí-los a partir do caso concreto. E, ainda, não há limite, por exemplo, para interferências subjetivas e advindas de razões midiáticas, pseudo-eficientistas ou, ainda, de escolhas íntimas do julgador.

Apesar dos brilhantes argumentos trazidos por Maurício Zanóide de Moraes, majoritária doutrina brasileira aceita a utilização do termo “ordem pública”, mesmo sem um referencial único, e entendem a garantia da ordem pública como o risco considerável de reiteração da prática delituosa pelo agente caso esse permaneça em liberdade, pois solto continua estimulado a realizar novos delitos e tem possibilidade de convívio com os parceiros do crime (LIMA, 2012, p. 259).

Seguindo os preceitos dessa corrente doutrinária, sempre que, baseando-se em dados concretos, ficar demonstrado que se o agente permanecer solto poderá voltar a delinquir, a prisão preventiva poderá ser decretada.

Sinteticamente, a ordem pública cuida-se da aglomeração de condições e requisitos sem os quais não é possível se ter uma vida social conveniente, baseada na segurança da sociedade e seus bens, na saúde, na tranquilidade e na paz pública.

O cerne da questão, portanto, é que a expressão “ordem pública” requer, de forma necessária e indispensável, uma delimitação ao menos simbólica, pois somente assim ter-se-á uma aplicação minimamente segura dessa hipótese de decretação da prisão preventiva (PACELLI e COSTA, 2013, p. 102).

Os autores até mesmo sugerem um ponto de partida para melhor delimitar o tema:

Um primeiro passo nessa direção seria a identificação de determinados delitos cuja natureza e cujos meios de execução, aliados às condições pessoais dos agentes, possam permitir um juízo seguro – o quanto possível – acerca da possibilidade de renovação dos atos. Tais são os casos, por exemplo, de homicídios, roubos, extorsões – especialmente mediante sequestro – que envolva formação de quadrilha ou bando.

Outro passo, ou outra perspectiva que pode ser trabalhada, diz respeito àquelas infrações caracterizadas pelas razões de intolerância de todos os gêneros, subjacente à respectiva motivação para a prática do ato. É o que se encontra, por exemplo, nos delitos de fundamentação (fundamentalismo?) étnica, religiosa, sexual, racial etc.

Uma terceira linha de hipóteses que podem ser exploradas diz respeito aos crimes de toda ordem praticados por organizações criminosas ou, ainda, dos delitos de natureza sexual, muitas vezes determinados por compulsões perversas de seus agentes.

Assim, diante da pluralidade de posicionamentos, não há como negar que a ausência de um referencial semântico seguro para a “ordem pública” coloca em risco a liberdade individual, confrontando-se bruscamente com os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, sendo que a única solução encontrada pela doutrina e pela jurisprudência para continuar utilizando a referida expressão foi se associar a um mínimo parâmetro basilar.

3.2 Prisão Preventiva fundamentada na garantia da ordem pública

Superada a noção de “ordem pública” e estabelecido um conjunto argumentativo sobre o tema, é possível, a partir de agora, chegar ao ponto central deste Trabalho de Conclusão de Curso, qual seja, a garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva.

A prisão preventiva, por prisão processual de natureza cautelar que é, pode ser decretada pelo juízo em qualquer fase da investigação policial ou durante o curso do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre quando presentes os ensejos que a autorizam e se preenchidos os requisitos previstos em lei (CAPEZ, 2014, p. 335).

Segundo Eugênio Pacelli e Domingo Barroso da Costa (2013, p. 91),

A decretação da prisão preventiva pressupõe prova da existência do crime e de indícios suficientes quanto à sua autoria. Como se trata de medida cautelar, diz-se do que se convencionou designar de *fumus comissi delicti* (aparência do delito), em paralelo ao *fumus boni iuris*, que é designativo da aparência do direito e pressuposto do manejo de medidas cautelares na processualística não penal.

A prisão preventiva está subordinada a dois pressupostos e a quatro condições, que estão previstas no Código de Processo Penal, sendo que ao menos uma destas deve coexistir com algum dos pressupostos. Esses pressupostos configuram-se como a “prova da existência do crime” e os “indícios de autoria”. Para a legislação, meras suspeitas não são suficientes a ponto de determinar a segregação de liberdade do indivíduo, a prova da ocorrência do crime torna-se indispensável, e sempre acompanhada dos indícios acerca da autoria delitiva (TOURINHO FILHO, 2011, p. 553).

Assim, imperioso que aquele que sofra a medida cautelar tenha contra si indícios concretos de que fora o autor do crime, cuja existência deve ser provada, configurando-se aqui o *fumus comissi delicti*. Esse pressuposto

Exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto (LOPES JR., 2013, pp. 88-89).

O *periculum libertatis* constitui-se como “o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo” (LOPES JR., 2013, p. 93), e é caracterizado pela identificação de um dos quatro motivos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, são eles:

1. Garantia da Ordem Pública
2. Garantia da Ordem Econômica
3. Conveniência da Instrução Criminal
4. Assegurar a aplicação da Lei Penal

Desses elementos trazidos pela legislação infraconstitucional, Zanóide de Moraes (2010, pp. 727-749) afirma que

se para demonstrar o “*fumus delicti comissi*” deve haver demonstração nos autos de acontecimentos passados, para a verificação do “*periculum libertatis*” deverá haver a segura demonstração do perigo (atual ou futuro) decorrente da liberdade do indivíduo”. [...] para o “*periculum libertatis*” é indispensável ao julgador apontar fatos objetivamente existentes nos autos. Por esses fatos certos e comprovados é que o julgador deverá justificar a existência de perigo, sua natureza (material ou processual), seu grau (mediato ou imediato, mais ou menos intenso) e, por consequência, também justificará a melhor forma de evitá-lo.

A prisão preventiva não tem caráter obrigatório, e depende da casuística *in concreto*, senão estar-se-ia diante de uma execução antecipada da pena privativa de liberdade, e por consequência, em confronto com o princípio constitucional da presunção de inocência (CAPEZ, 2014, p. 336).

A partir de então, adentrar-se-á especificamente quanto à circunstância da garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva que, para Pacelli e Costa (2013 *apud* PACELLI e COSTA, 2008, p. 92), é “um dos temas mais complexos do processo penal brasileiro”.

Jorge Henrique Schaefer Martins orienta (2004, p. 110):

A garantia da ordem pública, em breves palavras, estará configurada quando e se for possível concluir-se, diante dos elementos colacionados aos autos, tratar-se de indivíduo com inclinação para práticas delituosas, a ser comprovada pelas condutas havidas em seu passado e registradas em ações penais ou investigações policiais, decorrente da particularidade da conduta quando da prática criminosa, reveladora do caráter perverso e de sua periculosidade, enfim, quando se puder observar e afirmar que a manutenção em liberdade colocará em risco a tranquilidade no meio social.

Greco Filho (2012, p. 285) afirma que a expressão tem sentido amplo, e denota a necessidade de preservação de bem jurídico essencial à convivência social. Daí é possível citar alguns exemplos, como a proteção social contra réu perigoso que poderá delinquir novamente, o amparo das testemunhas ameaçadas ou a proteção da vítima.

Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Junior (2015¹⁵) relatam que:

O artigo 312 contém uma “anemia semântica”, define Morais da Rosa, pois basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja “falsificação” é inverificável. O grande problema é que, uma vez decretada a prisão, os argumentos “falsificados” pela construção linguística são inverificáveis e, portanto, irrefutáveis. Se alguém é preso porque o juiz aponta a existência de risco de fuga, uma vez efetivada a medida, desaparece o (pseudo)risco, sendo impossível refutar, pois o argumento construído (ou falsificado) desaparece. Para além disso, o preenchimento semântico (dos requisitos) é completamente retórico.

No entendimento de Aury Lopes Junior (2013, p. 93), a garantia da ordem pública, “por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer *senhor*, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante [...]. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer...”.

A partir daí, o autor (2013, pp. 93-94) continua a discorrer e ressalta as usuais definições de risco para a ordem pública. Dentre eles encontra-se o sinônimo de “clamor público” nos casos de crimes que provocam abalo social, comovem a sociedade e que perturbam a sua “tranquilidade”. Ainda, como a “gravidade” ou “brutalidade” da infração como fundamento autorizador da prisão preventiva, ou para a preservação da credibilidade das instituições, no sentido de que a prisão seria uma espécie de “antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público”, e, por fim, no risco de reiteração de condutas criminosas, a fim de evitar que o agente se empenhe em novas jornadas delituosas.

A garantia da ordem pública é abordada, pela doutrina e pelo Poder Judiciário, em diferentes aspectos, seja como sinônimo de clamor público, de gravidade do delito, ou até mesmo de manutenção da credibilidade do Poder Judiciário.

Explica Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 88) que a garantia da ordem pública engloba, por si, a segurança pública, sendo que essa não requer a abrangência de toda uma cidade, basta ao menos um bairro ou comunidade, atendidos os preceitos básicos da gravidade

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-cri-se-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>. Acesso em: 06 mar. 2015.

concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa.

Segundo Reis e Gonçalves (2014, pp. 389-390), a garantia da ordem pública

não é interpretada literalmente no sentido de estar a sociedade em pânico ou promovendo arruaças em razão de determinado crime. Entende-se cabível a custódia cautelar quando se mostra necessário afastar imediatamente o acusado do convívio social em razão da sua grande periculosidade demonstrada pelo cometimento de delito de extrema gravidade ou por ser pessoa voltada à prática reiterada de infrações penais.

Infelizmente, ou até propositalmente, a legislação brasileira não possui concreta e objetivamente uma definição para aquilo que seja a ameaça à ordem pública. Habitualmente encontra-se a expressão “ordem pública” alicerçada nas expressões da “credibilidade da justiça”, do “clamor público”, da “gravidade abstrata do delito”, e da “periculosidade do agente”. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal vem, em recentes decisões, reconhecendo como ilegais tais fundamentações, pois, por esse viés, a prisão preventiva perde seu caráter de instrumentalidade e não atende mais os requisitos da cautelaridade.

Na instrução de Luiz Flávio Gomes e Patrícia Souza (2009¹⁶),

O que se busca por meio da prisão preventiva fundamentada na ordem pública é proteger a comunidade contra investidas criminosas que o agente possa vir a ter, se em liberdade. Mas é preciso que o juiz fundamente, em fatos concretos, esse risco para a ordem pública. Repetição do texto legal, sem fatos concretos comprovados, não vale para a prisão preventiva. Esse é o verdadeiro conteúdo da expressão “ordem pública”, que continua gerando polêmica. Fundamental é o juiz nunca perder de vista que ele, no momento de uma preventiva, tem que fundamentar três coisas: o fato concreto motivador da prisão, a base legal e a necessidade da prisão. Sem o preenchimento desses requisitos, a prisão é inválida.

Aury Lopes Junior (2013, p. 108) é um dos maiores críticos sobre o tema, e afirma que “trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública”, pois a prisão preventiva pela garantia da ordem pública ou econômica não está ligada ao fim cautelar e processual que a legitima.

A polêmica da constitucionalidade ou não da prisão preventiva pela garantia da ordem pública nasce, então, a partir daí, pois a prisão cautelar “só é compatível com o princípio da presunção de inocência quando tem por objetivo a preservação do processo, pois

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio; SOUZA, Patricia Ap. *Prisão preventiva: conceito de "ordem pública"*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 13 de abril de 2009. Acesso em 22 abril 2015.

do contrário transforma-se em antecipação de pena” (NICOLITT, 2011, p. 69). E, segundo essa linha de raciocínio, quando a prisão não atende os objetivos da instrumentalidade e da cautelaridade, e alcança de forma satisfativa a tutela jurisdicional, há violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

Desenvolvendo sua tese, Nicolitt entende que a prisão, quando voltada a evitar a prática delitiva, tutelar a ordem pública, o clamor público, a ordem econômica e manter a credibilidade da justiça, almeja alcançar o controle social, a prevenção, os quais não se enquadram como objetivos das medidas cautelares, mas sim da própria pena.

Quando a prisão preventiva é decretada pela garantia da ordem pública, não é alcançada sua natureza cautelar, configurando-se, assim, abuso de autoridade, além da inegável ofensa à Constituição Federal, pois a expressão “ordem pública” “diz tudo e não diz nada” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 557).

O doutrinador Mougenot (2012, p. 518) entende que a prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública busca, em síntese, a manutenção da paz no corpo social. Daí então há seus desdobramentos, como a intenção de evitar que o réu volte a praticar novos delitos – periculosidade do agente; e para reafirmar e validar a autoridade da ordem jurídica – credibilidade da justiça. Ainda, como bem salienta o autor, é entendimento de grande parte dos Tribunais que a gravidade da infração penal, por si só, não é fundamento apto a determinar a decretação da prisão preventiva.

Analisando-se em separado cada elemento comumente utilizado para a configuração da garantia da ordem pública, tem-se, primeiramente: **o clamor público**.

O clamor popular, nas palavras de Fernando Capez (2014, p. 337), “nada mais é do que uma alteração emocional coletiva provocada pela repercussão de um crime”, e esse elemento, de forma isolada, não tem o condão de editar um decreto segregador de liberdade.

Esse clamor popular pode ser definido como uma espécie de revolta da sociedade em razão do impacto que um crime causou no meio social.

Lopes Junior e Moraes da Rosa trazem intrigante reflexão sobre o tema¹⁷:

O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial),

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>. Acesso em: 06 mar. 2015

muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento).

“Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca existiu; trata-se de argumento forjado” (LOPES JR., 2013, p. 110).

A possibilidade de uma revolta da população através de represálias e linchamentos contra o autor do crime, principalmente nos casos repercutidos na mídia, tem justificado a imposição da prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública, pois caso o autor dos fatos esteja sendo alvo de ameaças, poderia haver a perturbação da ordem pública. E, em tese, a decretação da prisão preventiva seria a medida mais adequada, já que garantiria a segurança do próprio suspeito ou acusado, resguardando sua vida e integridade física.

Inimaginável, porém, que alguém possa ser privado de sua liberdade por essa razão. Trata-se de uma justificação extremamente simplória e inconsistente, merecendo ser rechaçada do sistema prisional, uma vez que a proteção do réu é incumbência do Estado. Além disso, não se pode acolher a privação da liberdade do indivíduo por um ato que não lhe é atribuído.

Tourinho Filho (2011, p. 559) partilha do inconformismo com essa fundamentação, e bem se manifesta sobre a hipótese, dizendo “cumpre à Justiça dar garantias ao indiciado ou réu, e não trancafiá-lo no xadrez”.

Por isso, exige-se muita cautela e bom senso do magistrado que analisa o caso concreto, pois é necessário “distinguir quando há estardalhaço indevido sobre um determinado crime, inexistindo abalo real à ordem pública, da situação de divulgação real da intranquilidade da população, após o cometimento de grave infração penal” (NUCCI, 2007, p. 560).

Dessa forma, a decretação da prisão preventiva pela garantia da ordem pública fundamentada no “clamor público” pode se caracterizar como um meio de punição antecipada, além de ferir os princípios constitucionais, e por isso não é admitido por parte da doutrina, e nem mesmo vem sendo utilizado pela jurisprudência.

Há que ser ponderada, também, a **gravidade do delito** como fator determinante para a decretação da prisão preventiva, haja vista que a gravidade é algo inerente ao tipo penal, abrindo-se aí grande e perigosa porta à possibilidade de punição *ne bis in idem*.

Dentre todas as hipóteses de decretação da prisão preventiva, esta é a que mais agrega seguidores. Configurada a prática de crime grave, considerando-se a pena abstrata ou

os meios de execução, e constatando-se, por conseguinte, uma situação de intranquilidade social, é possível a decretação da prisão preventiva.

Delmanto Junior leciona que (2001, pp. 182-183):

[...] havendo certeza da existência do crime e sérios indícios de autoria, sem probabilidade de erro, a prisão preventiva poderia ser decretada para preservar a ordem pública, *naqueles casos em que as peculiaridades sejam repugnantes*, situações em que se vislumbra maldade, sadismo, humilhação, emprego gratuito de violência física ou psíquica etc. Evidentemente, não há dúvida de que o seio social sente-se abalado, perturbado, ao tomar conhecimento desses fatos. [...] Nessas hipóteses, a prisão preventiva, se aceitável, seria decretada para a preservação da *ordem pública* em seu sentido estrito, afigurando-se como um mal necessário.

Por sua vez, o caráter excepcional da segregação da liberdade do indivíduo não pode ser esquecido, e por isso cabe ao magistrado analisar o caso concreto, verificando a conveniência e oportunidade da prisão, aliada à periculosidade do agente, à gravidade da infração penal, além da insegurança no meio social com a presença do indivíduo em liberdade.

O doutrinador Roberto Delmanto Junior (2001, p. 183) critica essa modalidade sustentando que, além de ferir a presunção constitucional de inocência, ela se distancia do seu caráter instrumental e se aproxima de um inaceitável aparelho de justiça sumária.

Na mesma corrente, Pacelli e Costa (2013 *apud* PACELLI e COSTA, 2008, p. 97) sustentam que, por si só, a gravidade do delito não é elemento capaz de basear a prisão preventiva pela garantia da ordem pública. Esse fundamento até pode justificar a decretação da prisão preventiva, entretanto somente nas hipóteses para que seja assegurada a aplicação da lei penal ou para a conveniência da instrução criminal.

Compreende-se, então, que apesar da grande popularidade do argumento da gravidade do delito como hipótese de decretação da prisão preventiva pela garantia da ordem pública, tal justificativa ainda é bastante controvertida, não havendo unanimidade na doutrina pátria.

Os que vinculam a garantia da ordem pública à **credibilidade da justiça** sustentam que o Poder Público não deve deixar o acusado de um delito impune, e, independentemente de sua condição econômica e social, ele deve ser punido de forma a repreender qualquer outro que possa cogitar praticá-lo.

Em seu pensamento, Luiz Roberto Faggioni (2003, p. 140) sustenta que essa visão acerca da credibilidade e confiabilidade na justiça “é utilizada para se contrapor à crença

generalizada de que a justiça somente é capaz de determinar a punição daqueles que são econômica e socialmente frágeis”.

Crítico, Lopes Jr. (2013, p. 114) sustenta que a prisão preventiva pela garantia da ordem pública com base na credibilidade da justiça “é uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto a esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção”.

Doutrinadores como Mirabete (2003, p. 813) e Capez (2004, p. 243) sustentam que, ainda que diante da gravidade do delito, conexa ao meio de execução do crime, pode-se provocar violenta comoção no meio social, gerando-se assim uma sensação de impunidade e descrédito pela demora jurisdicional, pelo que a decretação da preventiva impõe-se como garantia do prestígio do Poder Judiciário.

No tocante à **periculosidade do agente** e a possível **reiteração de condutas criminosas** como alicerce para a configuração da garantia da ordem pública, tal fundamentação, se não observados certos critérios, pode ferir veementemente o princípio constitucional da presunção de inocência, pois impossível a previsão das futuras ações de um indivíduo, além de incabível a sua punição por um delito que sequer aconteceu.

Pelos ensinamentos de Bertin de Almeida (2003, pp. 75-76) pode-se dizer que um indivíduo é potencialmente delinquente:

[...] porque (i) cometeu novos crimes, ou porque (ii) *pode* vir a cometê-los. São, portanto, situações bem diferentes. No primeiro caso, não há presunção de periculosidade, pois só cometendo novo crime, subsequente ao anteriormente cometido, que ensejou pedido de prisão, poderia o agente vir a ser preso. [...] A segunda situação de decretação de prisão em virtude da periculosidade do infrator presume que este, *a priori*, pode vir a cometê-los.

Sobre a recepção desse fundamento como base para a decretação da prisão preventiva perante os Tribunais, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 259) afirma ser esta a corrente majoritária no ordenamento brasileiro, e que ao decretar a prisão preventiva com esse fundamento, o objetivo é de resguardo da sociedade, em razão da periculosidade do agente, da prática de novos delitos.

O mesmo autor prossegue dizendo que “o caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo, de modo a impedir que o réu possa continuar a cometer delitos, resguardando o princípio da prevenção geral”. Todavia, ele ressalva que essa segregação deve estar baseada em dados concretos, não é possível que se

presuma a periculosidade do agente a partir de meras suposições, requer-se um alicerce empírico concreto de que o agente, em liberdade, voltará a delinquir.

Mirabete (2003, p. 803) assegura que ao avocar-se a periculosidade do agente para a decretação da prisão preventiva apoiada na garantia da ordem pública, impede-se que o acusado pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida.

Pela lição de Pacelli e Costa (2013 *apud* PACELLI e COSTA, 2008, p. 96), é sim possível fundamentar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública diante da possibilidade de reincidência criminosa, desde que delimitada de forma rígida a sua extensão. Fundamentam dizendo:

O risco de novas práticas criminosas, exatamente por atingir, de frente, o princípio da inocência, merece cuidadosa demonstração de probabilidade de *autoria*, a exigir, salvo em casos excepcionalíssimos, uma *confissão válida* ou uma prisão em flagrante sobre a qual não paire qualquer dúvida quanto a sua regularidade e legalidade. Assim, e só assim, se poderá aceitar uma possibilidade de *risco de novos crimes* por parte de quem não pode ainda ser considerado culpado.

Fernando Capez (2004, p. 242) argumenta que “os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos, e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva com base nessa hipótese”.

Nucci ensina (2013, p. 90):

Não há dúvida causar maior preocupação, no contexto da garantia da ordem pública, o agente ser reincidente em crime doloso, ter antecedentes criminais, personalidade sádica, perversa ou maldosa, além de péssima conduta social. Indiscutivelmente, tais elementos constroem o liame necessário para se evidenciar a periculosidade do indiciado ou acusado.

Entretanto, ao mesmo tempo, o próprio autor assevera que, a primariedade e os bons antecedentes não garantem que a prisão preventiva não será decretada, desde que por outros fatores.

Em sentido oposto, Delmanto Junior (2001, p. 179) repreende essa argumentação baseando-se no princípio constitucional da presunção de inocência, pois:

Sem dúvida, não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em ***dupla presunção***: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a

segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado.

Aury Lopes Jr. também manifesta sua desaprovação, apresentando-a com certo tom de ironia (2013, p. 115):

Está-se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal. Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros.

Pensa o autor que diferentes alternativas poderiam ser consideradas no lugar da prisão preventiva pela ordem pública fundamentada no risco de reiteração, como algumas das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (monitoramento eletrônico, prisão domiciliar, entre outros).

Por outro lado, Faggioni (2003, pp. 141-143) declara que, diante da finalidade da prisão preventiva decretada pela garantia ordem pública, que é evitar que o acusado venha, se em liberdade, praticar novas infrações da mesma natureza, a prisão preventiva não se faz cabível, pois se afasta de sua característica essencial da cautelaridade, e somente se reveste dos atributos de “medida de segurança.”

Verifica-se, portanto, a diversidade de posicionamentos para a decretação da prisão preventiva com o fundamento da ordem pública, sob o argumento de que o indivíduo, em liberdade, reiterará a prática de infrações penais.

Esse quesito a justificar a decretação da prisão preventiva merece extrema cautela do julgador, pois o que acontece, na verdade, é o julgamento de uma conduta ainda não praticada, nem mesmo sequer iniciada.

Roberto Varalda (2007, p. 168) compartilha de igual entendimento e afirma que “realmente não há como sustentar a concepção aristotélica de culpabilidade pela conduta de vida, reprovando comportamentos anteriores atípicos e, inclusive, a própria personalidade do indivíduo, contrários à ética e moral”.

O cerne da questão, portanto, está no papel que a prisão preventiva representa no atual contexto jurídico diante de todos os seus modos de abordagem, e como ela pode ser decretada sem ferir os princípios constitucionais.

Para todas as hipóteses apresentadas há ao menos uma corrente defensora, e, em tese, todas teriam o condão de autorizar o decreto da prisão preventiva para a manutenção da garantia da ordem pública.

Quanto à necessidade ou não de cumulação desses requisitos, Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 88) aduz que “tais elementos não precisam ser encontrados cumulativamente, bastando que exista, pelo menos, um binômio, como regra”.

Renato Brasileiro de Lima compactua desse entendimento, afirmando (2012, p. 257):

Para que a prisão preventiva seja decretada, não é necessária a presença concomitante de todos esses fundamentos. Basta a presença de um único destes para que o decreto prisional seja expedido. Logicamente, caso esteja presente mais de um fundamento, deve o magistrado fazer menção a cada um deles por ocasião da fundamentação da decisão, conferindo ainda mais legitimidade à determinação judicial.

Todavia, pelo que se observa, todos esses aspectos somente em casos raros aparecem individualizados, normalmente são sempre decorrentes e fundamentados um no outro, formando, assim, uma conjectura completa a ser analisada sobre o caso em concreto. Pelo que se percebe, habitualmente há um argumento base, o principal – na maioria dos casos são o risco de reiteração da prática criminosa e a gravidade do crime -, e o subsidiário, que ajuda a fortalecer a fundamentação da decisão - como, por exemplo, a credibilidade da justiça e o clamor social.

Por fim, transcreve-se importante lição de Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa (2013, p. 103), que justifica o porquê da admissão da prisão preventiva pela garantia da ordem pública, mesmo que com todos os seus pontos falhos:

[...] embora a prisão preventiva para a garantia da ordem pública não se preste à cautela da efetividade do processo condenatório (relação horizontal de cautelaridade – *intraprocessual*), não se pode negar sua função acautelatória dos interesses públicos que nele estão em jogo, ainda que indiretamente (relação vertical de cautelaridade – *extraprocessual*).

3.3 As demais hipóteses de decretação da Prisão Preventiva

Conforme citado no capítulo anterior, o artigo 312 do Código de Processo Penal traz os requisitos para a fundamentação da prisão preventiva, são eles: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, sempre quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

A primeira conjectura já fora exaustiva explorada, pelo que agora analisar-se-ão as demais.

3.3.1 Garantia da ordem econômica

Assim como a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica também padece de certo grau de vagueza. Essa hipótese surgiu no ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição da Lei n. 8.884/94, que contava com o intuito de combater os chamados “crimes de colarinho branco”, e que alterou o artigo 312 do Código de Processo Penal e incluiu a “garantia da ordem econômica” como fundamento para prisão preventiva.

A privação de liberdade visa impedir que o indivíduo continue a praticar as atividades que prejudicam a ordem econômica e financeira do país, a fim de salvaguardar a credibilidade da justiça (MOUGENOT, 2012, p. 518).

Hoje, de forma mais abrangente, trata-se de prisão que busca coibir a prática de crimes contra a ordem tributária, o sistema financeiro e a ordem econômica.

Detalhe de crucial importância é que a decretação da preventiva está baseada na gravidade concreta do delito de acordo com a magnitude da lesão econômica ocorrida.

Esse fundamento divide grande parte da doutrina quanto a sua constitucionalidade, pois, de certo viés, essa modalidade prisional perde seu caráter cautelar e antecipa os efeitos da pena, sendo aplicada apenas como prevenção para que o acusado não volte a praticar a atividade delitiva, já que a garantia da ordem econômica possui funções meramente repressivas e, se o objetivo da medida é coibir novas fraudes ao mercado

financeiro, o correto seria punir a pessoa jurídica, fechando-a ou aplicando outros tipos de sanções.

A medida também não almeja restituir o lesado dos prejuízos sofridos, já que para isso há outros procedimentos cabíveis – como o bloqueio das contas bancárias, arresto ou indisponibilidades de bens -, sendo que aqui a medida serve tão somente para dar uma resposta à sociedade e garantir a credibilidade da justiça.

Crítico ao tema, Tourinho Filho expõe (2011, p. 561):

Em rigor, toda prisão preventiva deve ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para a garantia de seus resultados (assegurar a aplicação da lei penal). Como a prisão decretada como *garantia da ordem econômica* não apresenta caráter cautelar, é medida esdrúxula, estúpida, grosseira. Sua esdruxularia repousa na circunstância de não ser ela a medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica. Antes, tem acentuadas e inequívocas funções repressivas. Se a medida visa a preservá-la, evitando a ganância, a *auri sacra fames*, o certo seria adotar uma espécie de medida de segurança à maneira daquelas que havia, entre nós, até antes da reforma da parte geral do nosso Código Penal. Que sejam previstas sanções contra a empresa. Para nós, trata-se de medida sem nexo e inútil.

3.3.2 Conveniência da instrução criminal

Quando verificado, no caso concreto, que a liberdade do acusado pode colocar em risco as provas do processo, através de ameaças, aliciamento ou até suborno de testemunhas, destruição de vestígios ou documentos, é possível que a prisão preventiva seja decretada para prevenir a instrução do feito de qualquer prejuízo. Dessa forma, esta modalidade só é cabível nos casos em que a instrução ainda estiver em andamento, devendo ser revogada se não existir nenhum outro motivo que a balize. “Encerrada a instrução, estando pendente o processo apenas de manifestação das partes e prolação da decisão judicial, não mais há de se cogitar da continuidade da prisão sobre esse fundamento” (MARTINS, 2004, p. 112).

Deverá ser utilizada nos casos em que o acusado, se em liberdade, estiver perturbando o regular andamento da tramitação do processo, intimidando as testemunhas que contra ele irão depor, ameaçando as vítimas, as testemunhas e os peritos, tentando subornar

qualquer pessoa que possa levar ao juízo esclarecimentos sobre os fatos ou tentando destruir provas do crime.

De forma sintética, “trata-se de segregar o acusado para impedir sua atuação com vistas a influenciar a colheita das provas” (MOUGENOT, 2012, p. 519). O uso do poder de coerção do Estado somente se justifica para impedir que o réu prejudique a obtenção da verdade (TOURINHO FILHO, 2011, p. 560).

Ora, o que se almeja, portanto, é que a custódia cautelar garanta um processo justo, livre de qualquer contaminação probatória e assegure ao juízo a formação de sua livre convicção.

Guilherme de Souza Nucci doutrina que (2013, p. 93):

A conveniência da instrução criminal é restrita. Liga-se, basicamente, à atuação do réu em face da captação das provas. Se a sua atitude for imparcial, inerte e contemplativa, permitindo toda a sorte de acontecimentos, não há inconveniência para que permaneça solto. Todavia, caso resolva agir, impedindo a escorreita atuação estatal na colheita das provas e no regular trâmite do processo, passa a se tornar inconveniente que permaneça solto.

A “conveniência da instrução criminal”, diretamente atrelada à colheita de informações necessárias à apuração da verdade real do ocorrido, tem por finalidade impedir que o indivíduo perturbe ou impeça a produção de provas. Por sua vez, esse quesito requer prova concreta das ações do acusado, e não apenas meras presunções. Nessa hipótese, “está-se diante de uma cautelar *endopersecutória*, justamente por se apresentar como *instrumento* de tutela do próprio processo – ou mesmo da investigação! -, assegurando o desembaraço de seu curso” (PACELLI e COSTA, 2013, p. 104).

Frise-se que a expressão “conveniência da instrução criminal” merece ser analisada com cautela, e não pode ser confundida com “comodidade”, visto que jamais um indivíduo pode ser privado de sua liberdade somente porque é cômodo. Para Capez (2014, p. 337), a expressão “conveniência” deve ser interpretada como sinônimo de “necessidade”. Tourinho Filho (2011, p. 560) bem exemplifica esse zelo: “Não pode o Juiz, porque o réu reside um pouco distante, mandar prendê-lo por conveniência da instrução, alegando que, quando dever apresentar-se para uma audiência, por exemplo, não será preciso a expedição de precatória ou quejandos”.

3.3.3 Assegurar a aplicação da lei penal

Em nome da efetividade processual, a “garantia de aplicação da lei penal”, permite a decretação da prisão preventiva a fim de assegurar que o acusado estará presente para cumprir a pena que possivelmente lhe será imposta.

Ocorre nos casos em que há risco de fuga do acusado ou de qualquer outro entrave criado para impedir o bom andamento processual, pelo que a aplicação da lei penal se torna incerta e está autorizada, portanto, a decretação da custódia preventiva.

Especificamente quanto aos casos em que o réu ou indiciado não comprove seu endereço fixo de moradia ou seu emprego, a decretação da prisão preventiva não está permitida. Esse argumento é inviável diante da realidade brasileira, que contempla milhares de pessoas de baixa renda que vivem nessas condições, como em favelas, comunidades sem identificação de ruas ou números, estando parte delas desempregadas. Para que a prisão preventiva seja decretada para assegurar a aplicação da lei penal exige-se a associação de um desses argumentos com algum outro fator concreto existente (NUCCI, 2013, p. 94).

Contempla, portanto, as hipóteses em que ocorre risco real de fuga do acusado e, consequentemente, risco de não aplicação da lei na hipótese de um decreto condenatório.

Lopes Jr. salienta sobre a necessidade de concreta motivação para decretação da prisão preventiva por esse motivo (2013, p. 122):

Recordemos que é absolutamente inconcebível qualquer hipótese de presunção de fuga, até porque substancialmente inconstitucional diante da Presunção de Inocência. Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações. Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o receio de evasão do réu.

Assim como a modalidade anterior, esta presunção deve estar fundada em dados concretos, não podendo respaldar-se em suposições e especulações ou pelo simples fato do réu possuir condições financeiras para se evadir. É essencial a existência de provas no sentido de que o réu está se desfazendo de seus bens, ou demonstrando que irá se mudar para local desconhecido.

Os doutrinadores Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa (2013, p. 107), de forma crítica, manifestam-se dizendo:

Se a imposição da cautela pudesse se fundar nessa motivação (*possibilidade de fuga*), em abstrato, todo investigado ou processado deveria ser considerado como um foragido em potencial, eis que as desumanas condições de encarceramento que envergonham nosso país são incentivos suficientes para a evasão.

Muito válido o posicionamento dos autores, pois, a pensar dessa forma, a prisão preventiva estabelecer-se-ia como regra, e não exceção, já que todo indivíduo estaria em iminência de fuga para não cumprir a possível pena privativa de liberdade estabelecida.

Tourinho Filho bem pontua sobre a constitucionalidade do tema (2011, p. 561):

Se a Magna Carta presume a inocência daquele ainda não condenado, não pode o Juiz presumir que ele vá perturbar a ordem pública, que vá escapar à ação da Justiça. Nenhuma presunção supera aquela. Nesse caso, impende haja prova mais ou menos sensata no sentido de que o rei está prejudicando a instrução ou querendo, na expectativa de uma condenação, dela safar-se. Mera suspeita, não. Presunção, também não. É preciso de um mínimo de prova sensata no sentido de que ele está se desfazendo de seus bens, de que deu demonstração de que vai mudar-se para lugar ignorado, de que está prejudicando a instrução etc.

3.3.4 Pelo descumprimento de medida cautelar imposta

Ainda, conforme prevê o parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal, “a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)” (BRASIL, 1941).

Nesse caso, em específico, a prisão preventiva pode ser decretada mesmo nos crimes com pena igual ou inferior a quatro anos, pois previamente houve o descumprimento de outra medida cautelar (NICOLITT, 2011, p. 70).

Quando uma medida cautelar diversa da prisão é deferida, cabe ao indivíduo fazer jus ao benefício, cumprindo-o exatamente nos termos estabelecidos e acordados. Nos casos de

descumprimento, resta ao Estado determinar a última opção que lhe restou, que é decretar a prisão preventiva (NUCCI, 2013, p. 94).

Se descumprida qualquer das medidas cautelares apresentadas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal, o magistrado poderá, analisando o caso concreto, substituí-la por outra medida, cumular com outra, e, em último caso, decretar a prisão preventiva.

Faz-se aqui uma ressalva quanto ao verbo “poderá” trazido pela legislação. Segundo Polastri (2014, p. 226), a apresentação desse verbo informa que o magistrado não é obrigado a decretar a prisão preventiva, cabendo a ele optar pela substituição por outra medida mais adequada, ou pela cumulação com mais uma.

Trata-se de modalidade excepcional e que não se enquadra nas demais previstas no artigo 312, já que possui caráter extremamente subsidiário, devendo o juiz analisar sua real necessidade e adequação ao caso concreto.

Dos ensinamentos de Fernando Capez extrai-se (2014, p. 338):

Essa espécie de prisão preventiva difere da concedida autonomamente porque é aplicada depois de frustradas todas as tentativas de se garantir o processo, mediante meios menos traumáticos. A recalcitrância do acusado ou indiciado em cumprir suas obrigações processuais acaba por tornar inevitável a medida extrema da prisão.

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa salientam que (2013, p. 112):

Com os olhos voltados a essa projeção e diante de ato voluntário – injustificado – do investigado ou processado que descumpra medida(s) cautelar(es) diversa(s) da prisão que lhe tenha sido imposta, poderá, portanto, o juiz aplicar-lhe a prisão preventiva, *desde que não se faça adequada e proporcional outra medida menos gravosa, aberta a possibilidade de cumulação para alcance da eficácia acautelatória pretendida.*

Sinteticamente, o entendimento é que o indivíduo, apesar de ter tido oportunidade de cumprir medida cautelar sem privação de liberdade, de forma intencional e voluntária, deixou de cumpri-la, abrindo mão da oportunidade de não ser preso cautelarmente. E assim, pela quebra da confiança do juízo, decorre a decretação de prisão preventiva substitutiva.

4 ANÁLISE DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NOS JULGADOS BRASILEIROS

Neste terceiro e último capítulo, apresentar-se-á a análise de algumas Jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca das prisões cautelares fundamentadas na garantia da ordem pública, conflitando-as com a doutrina e demonstrando algumas divergências dentro dos próprios Tribunais.

A partir dos conhecimentos obtidos com os capítulos anteriores, resta clara a ausência de um conceito doutrinário uno para a expressão “ordem pública”. O que se apresentará a seguir demonstra, de forma ainda mais cristalina, que nem mesmo os órgãos julgadores trabalham em plena sintonia, apresentando posições distintas acerca do mesmo tema.

Inegável que a jurisprudência brasileira está em constante processo de adaptação ao tempo e à sociedade, pois o processo penal no todo é um reflexo das relações sociais e políticas do momento histórico vivido. Ressalta-se que o Código de Processo Penal, datado em 1941, foi concebido dentro de uma realidade totalmente distinta da atual, e desde então o ordenamento jurídico pátrio já passou por três textos constitucionais (1946, 1967, 1969) até chegar ao atual consagrado em 1988. Dessa forma, diante de todo o contexto jurídico vigente, alguns elementos que antes eram capazes o suficiente para nortear a edição de um édito segregador de liberdade, hoje não mais se sustentam, evidenciando a evolução do próprio direito.

Importante consignar que serão analisados acórdãos de julgamentos de *Habeas Corpus* entre os anos de 2012 e 2015, e de todos serão apresentadas a ementa e destacadas partes da fundamentação da decisão.

4.1 Supremo Tribunal Federal

De início analisar-se-ão decisões provenientes do Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição Federal. Tais decisões, diferente de grande parte dos Tribunais

estaduais, vêm criando uma linha de referência e convergência nos últimos anos, salvo pontuais exceções.

É de se ressaltar que as prisões cautelares, como num todo, refletem na privação de um direito fundamental do indivíduo, que é a liberdade, e estão intrinsecamente ligadas ao princípio constitucional da presunção de inocência, sendo que só podem ser justificadas desde que demonstrada sua real necessidade e impossibilidade de substituição por medida menos gravosa.

É o atual entendimento majoritário desta Corte de Justiça que a gravidade do delito, por si só, não é capaz de sustentar a decretação da prisão preventiva, por se tratar de fundamentação inidônea, visto que tal elemento está intrínseco no tipo penal do caso concreto.

Na prática, vislumbra-se como isso é adotado, como no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.846, de relatoria do Ministro Teori Zavascki:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DELITO DE ROUBO. PRISÃO CAUTELAR BASEADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA PRESUNÇÃO DE INTERFERÊNCIA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. Segundo o art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Para qualquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

2. O decreto prisional não descreve, com base em informações concretas, a necessidade de resguardar a ordem pública, não sendo suficiente, para esse fim, a invocação da gravidade abstrata do delito. Precedentes.

3. As afirmações de possibilidade de reiteração delitiva e de interferência na instrução criminal não estão apoiadas em nenhum elemento dos autos, tratando-se, portanto, de meras presunções, o que é rechaçado categoricamente pela jurisprudência desta Corte.

4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva imposta ao paciente, ressalvada a hipótese de o juízo competente impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Ordem estendida aos demais corréus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. (*Habeas Corpus* n. 126846, de São Paulo, rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 17-03-2015 – sem grifo no original)

Da fundamentação:

Como se observa, tanto a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quanto a decisão do Superior Tribunal de Justiça se basearam em argumentos vagos e imprecisos. Apesar de reprovável a conduta perpetrada, a decisão de primeiro grau

não descreve com clareza o *modus operandi* empregado no delito, capaz de revelar a periculosidade concreta dos agentes, não sendo adequada, para esse fim, a invocação da gravidade abstrata do delito. A narrativa de que agiram de forma violenta não refoge aos limites do que previsto como elementar do tipo “emprego de violência ou grave ameaça” (art. 157 do CP), fundamento insuficiente para justificar a prisão preventiva.

Por sua vez, o risco de reiteração da prática criminosa é sim elemento hábil a motivar a prisão preventiva. Neste caso, há presunção de que, solto, o réu voltará a delinquir, optando-se, então, por privá-lo de sua liberdade como forma de salvaguardar a sociedade de possíveis novos crimes. No entanto, tal ato é amplamente questionável, visto que a partir desse argumento o Poder Judiciário está afirmando que, em liberdade, o réu praticará atos criminosos, o que, por si só, viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Para melhor elucidação, exemplifica-se com o *Habeas Corpus* n. 126837, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes. Prisão em flagrante convertida em preventiva. 3. Alegação de ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP). **4. Demonstrada a necessidade da segregação provisória para garantia da ordem pública. Fundado receio de reiteração delitiva. Gravidade do modus operandi. Elevada quantidade de droga apreendida. 5. Ausência de constrangimento ilegal.** Ordem denegada. (*Habeas Corpus* n 126837, de São Paulo, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 17-03-2015 – sem grifo no original)

Do corpo do texto:

Da leitura dos autos, verifico, portanto, que a manutenção da paciente na prisão está devidamente justificada na necessidade de garantir a ordem pública, ante o fundado receio de reiteração delitiva, considerando a alta probabilidade de que, em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal, Monise dê prosseguimento à atividade criminosa. No caso, a quantidade de droga apreendida (3 quilos e quatrocentos e seis gramas de maconha), os procedimentos sofisticados de acondicionamento dos entorpecentes e os instrumentos encontrados (balança de precisão, cadernetas de anotação, dinheiro em espécie e um espargidor de gás de pimenta) permitem concluir que as drogas mantidas em depósito eram destinadas ao comércio. Observo, também, que a paciente, além de integrar associação criminosa voltada para a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, praticou os crimes de receptação e corrupção de menores.

Um dos únicos fundamentos que, por unanimidade, nos Tribunais estaduais e nos Tribunais superiores, deixou de basear a segregação cautelar de liberdade do indivíduo é a não admissão da avocação da garantia da ordem pública sob a justificação de se acautelar o meio social, ante o “clamor popular”.

Este clamor público, intensamente agravado nos casos repercutidos nas mídias, principalmente na televisão, não pode e não deve ter o condão de basear a edição de uma decisão segregadora de liberdade. O Poder Judiciário não pode ser influenciado pela comoção social gerada por um crime, por mais cruel e grave que este tenha sido. É preciso que o juiz seja independente e imparcial, analisando os fatos concretamente e não se deixando comover pelo tamanho da repercussão do caso.

Em recente decisão, o pleno do Supremo decidiu sedimentado nestes argumentos:

Habeas Corpus. 2. Questão de ordem. Renovação da sustentação oral. Alteração substancial da composição do Tribunal. A alteração da composição do Tribunal não autoriza a renovação da sustentação oral. Maioria. **3. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Ausência de fundamentação concreta da necessidade da prisão. No entendimento da maioria, a comoção popular não é, por si só, suficiente para demonstrar a necessidade da prisão.** 4. Poderes de investigação do Ministério Público. O Ministério Público pode realizar diligências investigatórias para complementar a prova produzida no inquérito policial. Maioria. 5. Rejeitada a questão de ordem por maioria. Ordem concedida, por maioria, apenas para cassar o decreto de prisão preventiva. (*Habeas Corpus* n. 84548, de São Paulo, Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 04-03-2015)

Alicerçado em:

Constata-se a insuficiência de fundamentos, no que invertida a ordem natural das coisas, chegando-se, sem culpa formada - militando em favor do paciente a presunção de não-culpabilidade até que se tenha decreto condenatório irrecorrível -, a verdadeira execução de pena ainda não formalizada. O próprio Juízo deixou consignado que a materialidade do crime e os indícios de autoria não são capazes, por si sós, de respaldar a preventiva, o mesmo ocorrendo quanto à forma em que praticado o crime. Aludiu, mais, às personalidades dos réus, fazendo-o sem assentar, no entanto, dados concretos que estariam a revelá-las discrepantes do padrão médio, a menos que se dê por definitiva a imputação do crime. Referiu ainda à comoção popular, a repercutir no cenário nacional. Reafirmo não se poder atuar, no âmbito do Judiciário, a partir do barulho da sociedade. Sem traçar, sob o ângulo dos envolvidos, qualquer paralelo, não é demais lembrar que a voz do povo levou Cristo ao calvário. [...] Ninguém desconhece o papel da imprensa em uma sociedade livre, em um Estado Democrático de Direito. Daí emprestar-se, ao que publicado, força suficiente a chegar-se ao ato extremo - a prisão preventiva - é um passo demasiadamente largo, a implicar o menosprezo às premissas legais. A decisão acauteladora, da Presidência, viabilizando a liberdade do paciente, há de se fazer definitiva. Aguarde-se, se for o caso, o encerramento do processo criminal, a irrecorribilidade da decisão condenatória, para, somente então, vir a ser implementado o cumprimento da pena.

Ainda, entende a Corte mor do judiciário pátrio que, a periculosidade do agente, associada ao *modus operandi* e à gravidade do delito, é capaz de balizar a prisão cautelar do indivíduo.

Extrai-se da jurisprudência:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO MANTIDA PELOS MESMOS FUNDAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE PREJÚZO. **FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE DO PACIENTE. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI E RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA.**

1. O fundamento da necessidade da constrição da liberdade para a garantia da ordem pública foi adotado tanto na decisão de conversão do flagrante em preventiva como no indeferimento do pedido de revogação, permanecendo inalterado no momento da prolação da sentença condenatória. Conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus fica prejudicado apenas quando a sentença condenatória que mantém o réu preso utiliza fundamentos diversos do decreto de prisão preventiva, o que não ocorreu na espécie vertente.

2. Consideradas as circunstâncias do ato praticado e os fundamentos apresentados pelo juízo de origem, mantidos nas instâncias antecedentes, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão parece inadequada na espécie, harmonizando-se a constrição da liberdade do Paciente com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, assentada em ser a periculosidade do agente evidenciada pelo modus operandi e pelo risco de reiteração delitiva, motivo idôneo para a custódia cautelar.

3. Ordem denegada. (*Habeas Corpus* n. 123304, de Mato Grosso do Sul, rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 16-12-2014 – grifou-se)

Sob os argumentos de que:

Consideradas as circunstâncias do ato praticado e os fundamentos apresentados pelo juízo de origem, mantidos nas instâncias antecedentes, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão parece inadequada na espécie, harmonizando-se a constrição da liberdade do Paciente com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, assentada em ser a periculosidade do agente evidenciada pelo modus operandi e pelo risco de reiteração delitiva, motivo idôneo para a custódia cautelar [...].

4.2 Superior Tribunal de Justiça

Em avaliação das decisões do Superior Tribunal de Justiça, o primeiro fundamento da prisão preventiva pela garantia da ordem pública a ser estudado é a gravidade da conduta e a periculosidade do agente. O *Habeas Corpus* n. 313410/RS, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria traz:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de

desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

3. Hipótese em que o decreto construtivo encontra-se fundamentado, notadamente no que se relaciona à garantia da ordem pública, considerando a grande quantidade de droga apreendida — mais de 25 quilos de cocaína —, bem como o modus operandi da empreitada criminoso — droga em compartimento oculto de dois carros —, o que demonstra a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do agente.

4. Habeas corpus não conhecido. (*Habeas Corpus* n. 313410/RS, rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta turma, j. 07-04-2015 – grifou-se)

Do corpo do acórdão vislumbra-se que o Ministro relator compactua do entendimento de que a gravidade da conduta e a periculosidade do agente são capazes de nortear a prisão preventiva:

Forçoso convir que o decreto construtivo encontra-se fundamentado, notadamente no que se relaciona à garantia da ordem pública, considerando a grande quantidade de droga apreendida — mais de 25 quilos de cocaína —, bem como o modus operandi da empreitada criminoso — droga em compartimento oculto de dois carros —, o que demonstra a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do agente. Destarte, constata-se que os argumentos expendidos pelas instâncias ordinárias são idôneos e suficientes para a custódia cautelar do paciente, uma vez que respaldados em dados concretos, permanecendo, assim, a necessidade da manutenção da segregação para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

Outro elemento importante usado pelos Tribunais para enquadrar o caso como transgressor da garantia da ordem pública é a reincidência, mormente pela possibilidade de reiteração da conduta delituosa.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 313884/SP tem-se a exemplificação do posicionamento dessa Corte sobre o tema:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

01. Prescreve a Constituição da República que "conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º). Desses preceptivos infere-se que, no habeas corpus, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de

constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, impõe-se seja processado para aferição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. Não há "ilegalidade ou abuso de poder" (CR, art. 5º, inc. LXVIII), de modo a autorizar a concessão do habeas corpus, na decisão que, fundamentadamente, descreve a gravidade da conduta delituosa imputada ao réu e indica a necessidade da sua prisão cautelar (STF, HC 113.203/RJ, Rel. Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014, HC 111.019, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013; STJ, HC 299.410/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/09/2014, RHC 51.035/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/03/2015). **O fato de o réu ser reincidente justifica a sua prisão preventiva também para garantir a ordem pública e para evitar a reiteração de práticas delitivas** (STF, RHC 122.647 AgR, Primeira Turma, Rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 12/09/2014; STJ, RHC 47.671/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, julgado em 18/12/2014, RHC 53.769/MG, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 18/12/2014).

03. Habeas corpus não conhecido. (*Habeas Corpus* n. 313.884/SP, rel. Min. Newton Trisotto, Quinta turma, j. 16-04-2015 – grifou-se)

Especificamente no presente caso, vale relatar que, infelizmente, restam claros os argumentos genéricos usados na fundamentação do acórdão, pois somente há referências às demais decisões sobre o tema, não há uma análise específica do caso concreto discutido. Lê-se:

Transcrevo, parcialmente, ementas de acórdãos desta Corte e do Supremo Tribunal Federal que versam a respeito da matéria e respaldam os fundamentos das decisões impugnadas: [...]

"A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. No caso, forçoso convir que o decreto construtivo encontra-se fundamentado, considerando a circunstância do crime e o efetivo risco de reiteração delitiva, pois o recorrente possui registros anteriores pela prática de atos infracionais equiparados a homicídio, tentativa de homicídio e porte ilegal de arma de fogo, aptos a demonstrar sua periculosidade social" (RHC 47.671/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, julgado em 18/12/2014). "A reincidência do acusado - evidenciada, no caso, pelo registro de duas condenações transitadas em julgado pelo crime de furto, além de diversos inquéritos policiais e processos em andamento por crimes contra o patrimônio - autoriza a segregação cautelar com base na garantia da ordem pública, porquanto evidencia a periculosidade concreta do agente e o risco de reiteração delitiva" (RHC 53.769/MG, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 18/12/2014).

Divergindo de muitos Tribunais estaduais, o Superior Tribunal de Justiça vem solidificando seu entendimento acerca da gravidade do delito e da credibilidade da justiça

como fundamentos não ensejadores da prisão preventiva pela garantia da ordem pública. Em análise casuística, expõe-se o *Habeas Corpus* n. 296961/SP, relatado pelo Ministro Félix Fischer:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ARTIGO 157, § 2º, INCISO II C/C 14, INCISO II DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n.109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012, RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014, HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014, HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - No caso dos presentes autos, o exame dos fundamentos que deram suporte à custódia cautelar do paciente (gravidade abstrata do delito previsto no art. 157, § 2º, inciso II c/c 14, inciso II do Código Penal, bem como para acautelar o meio social e garantir a credibilidade da Justiça) não se ajustam à orientação jurisprudencial desta eg. Corte Superior de Justiça. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para permitir que o paciente responda ao processo em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no novel art. 319 do Código de Processo Penal. (*Habeas Corpus* n. 296961/SP, rel. Min. Félix Fischer, Quinta turma, j. 16-09-2014 – grifou-se)

Destaca-se importante trecho do acórdão:

Como se sabe, a gravidade abstrata do delito não autoriza a decretação ou a manutenção da prisão cautelar imposta. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte: AgRg no HC n. 278.766/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 26/8/2014; RHC n. 39.351/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014; RHC n. 47.457/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 1º/9/2014; HC n. 275.352/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 2/9/2014, v.g.. Da mesma forma, não constituem, por si sós, fundamentos idôneos para autorizar a prisão preventiva o clamor ou comoção social, se inexistentes nos autos elementos concretos para justificar a decretação ou a manutenção da medida (RHC n. 48.058/BA, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014, v.g.). Em suma, a invocação pura e simples do dispositivo da lei de regência para justificar a custódia cautelar, sem que se indique a ocorrência de fatos concretos ensejadores da medida, tem sido rejeitada pela atual orientação jurisprudencial desta eg. Corte.

Por último exame de julgados do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se um entendimento que, felizmente, está sendo pacificado na jurisprudência brasileira, qual seja, a impossibilidade da fixação da prisão preventiva pela garantia da ordem pública com base no clamor público gerado pela ação delitiva.

O Agravo Regimental em *Habeas Corpus* n. 127876/MG, de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, explicita tal posicionamento, afastando a possibilidade de segregação cautelar com base na repercussão social gerada pelo caso:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE RESTABELECIMENTO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DA PACIENTE, DECRETADA PELO TRIBUNAL A QUO, EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. **IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CLAMOR PÚBLICO. FUNDAMENTO INIDÔNEO.** REITERAÇÃO DELITIVA. INOVAÇÃO DO AGRAVANTE. FUNDAMENTOS QUE NÃO INTEGRAM O DECRETO PRISIONAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Hipótese em que, em Recurso em Sentido Estrito, interposto contra decisão que concedera liberdade provisória à paciente, foi restabelecida, pelo Tribunal de 2º Grau, a sua prisão cautelar. II. "A mera alusão aos requisitos da custódia cautelar, expressões de simples apelo retórico, bem como relativas à necessidade de coibir a prática de delitos graves e ao clamor público, não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade" (STJ, HC 243.717/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 05/09/2012). III. Não havendo fundamentação idônea, com base em fatos concretos, quanto à necessidade da prisão, com demonstração da existência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, deve a paciente ser posta em liberdade. IV. A reiteração delitiva, alegada pelo ora agravante, para justificar a prisão preventiva da paciente para garantia da ordem pública, não integra os fundamentos apresentados pelo Tribunal a quo, para decretar a prisão da paciente, constituindo inovação. V. Agravo Regimental improvido. (Agravo regimental em *Habeas Corpus* n. 127876/MG, rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta turma, j. 04-12-2012 – sem grifo no original)

No corpo do acórdão, além de fazer referência à impossibilidade da prisão preventiva pelo clamor social, a Ministra ainda menciona a ausência de fundamentação concreta da decisão, fator que, infelizmente, é frequente na realidade judiciária brasileira. Frisa-se:

Como se vê, o acórdão proferido pelo Tribunal a quo, que determinou a custódia cautelar da paciente, é genérico e não apresenta fundamentação idônea, para justificar a prisão preventiva, não se referindo a qualquer fato concreto, quanto à paciente, que demonstre a necessidade da prisão preventiva, para garantia da ordem pública, reportando-se ao clamor público. Contudo, "a mera alusão aos requisitos da custódia cautelar, expressões de simples apelo retórico, bem como relativas à necessidade de coibir a prática de delitos graves e ao clamor público, não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade" (STJ, HC 243.717/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 05/09/2012).

4.3 Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Da mesma forma que não há uma unicidade de ideias na doutrina quanto às hipóteses autorizadoras da decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, não há, na jurisprudência catarinense, uma uniformidade na utilização desses argumentos.

Encontram-se, em meio aos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, decisões acolhendo as mais variadas argumentações para a decretação do recolhimento preventivo com fundamento na garantia da ordem pública.

Em análise do *Habeas Corpus* n. 2015.016707-6, impetrado em razão do inconformismo da defesa com a decisão proferida pela Juíza da 3ª Vara Criminal da Comarca da Capital, a qual indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva, percebe-se que, por unanimidade, os Desembargadores decidiram manter a prisão preventiva do paciente, compactuando com a posição do juízo singular de que o simples fato do agente ser reincidente já justifica a ofensa à garantia da ordem pública, autorizando, portanto, a manutenção de sua segregação cautelar.

Extrai-se:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DENEGAÇÃO DO PEDIDO DE REVOGAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE O VALOR DA RES FURTIVA POSSIBILITARIA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS. VIA ESTREITA DO WRIT QUE NÃO SE PRESTA À VALORAÇÃO DAS PROVAS PRODUZIDAS NA AÇÃO PENAL.

A via estreita do habeas corpus não admite a análise acurada do conjunto probatório contido nos autos, principalmente quando, para dirimir dúvidas, imperiosa a produção de provas.

CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXIGÊNCIA DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL SATISFEITA. BONS PREDICADOS PESSOAIS QUE NÃO IMPEDEM A PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. MEDIDAS CAUTELARES INSUFICIENTES PARA O CASO CONCRETO.

Não há falar em ausência de fundamentação da decisão quando o juiz decreta a prisão preventiva com vistas a garantir a ordem pública. Afasta-se a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, quando estas não se revelarem suficientes para substituir os fundamentos apresentados para a segregação cautelar. Possíveis bons predicados pessoais do paciente, isoladamente, não inviabilizam a manutenção da segregação cautelar, desde que presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

ORDEM DENEGADA. (*Habeas Corpus* n. 2015.016707-6, da Capital, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 09-04-2015)

Do corpo do acórdão:

Nota-se, portanto, que a prisão preventiva do paciente foi decretada para a garantia da ordem pública. Outrossim, verifica-se que a motivação contida nas decisões tem por base dados concretos agregados aos autos da ação penal até aquele momento, não se mostrando desarrazoada a manutenção da prisão preventiva do paciente. Isso porque a necessidade de garantia da ordem pública, efetivamente, faz-se presente em razão de que o paciente é reincidente em delitos contra o patrimônio, conforme fundamentado da decisão, que indicou, ainda, as certidões de fls. 27-32 dos autos originais (fls. 36-41 do writ). Tal circunstância, por si só, basta para evidenciar que a aplicação da medida excepcional é mesmo salutar, a fim de evitar que o paciente se envolva novamente na prática de infrações penais. Ademais, em conformidade com consagrada orientação jurisprudencial, o fato de o paciente possuir residência fixa não obsta a prisão preventiva, contanto que estejam presentes os requisitos e fundamentos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, como no caso em apreço. Por fim, cumpre asseverar que, no caso em exame, haja vista a presença dos requisitos e fundamentos para a segregação provisória, as medidas cautelares inseridas no art. 319 do Código de Processo Penal pela Lei n. 12.403/11 não se revelam suficientes.

Por esse entendimento, caso o acusado possua condenação anterior, a sua liberdade, se cometido novo crime, estará ameaçada, independente de outras circunstâncias fáticas.

No mesmo viés do julgado anterior, o *Habeas Corpus* n. 2015.016722-7 foi impetrado pela irresignação do réu com a decisão proferida pela 3ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau, que homologou a prisão em flagrante e a converteu em preventiva.

Aqui, a fundamentação da privação de liberdade do paciente está no evidenciado risco de reiteração de condutas criminosas, o que baseia a preservação da garantia da ordem pública, sendo motivo capaz de ensejar a decretação da prisão preventiva, além de ainda acautelar o meio social e a credibilidade da Justiça.

In verbis:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR PARTE DO JUÍZO. INOCORRÊNCIA. ACUSADO PRESO EM FLAGRANTE APÓS ABORDAGEM POLICIAL QUE ENCONTROU EM SUA POSSE CINQUENTA PEDRAS DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE CONHECIDA COMO "CRACK", DAS QUAIS QUINZE ESTARIAM ACONDICIONADAS PARA VENDA. **PRESENÇA DOS REQUISITOS**

AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO PREVENTIVA. MEDIDA QUE VISA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, DIANTE DA POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DA CONDUTA. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ARTS. 312 E 313. BONS PREDICADOS QUE NÃO OBSTAM A MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA NO CASO CONCRETO. SUPOSTA DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA DIANTE DE PENA EVENTUALMENTE IMPOSTA. SEGREGAÇÃO PREVENTIVA QUE POSSUI NATUREZA DISTINTA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DESPACHO JUDICIAL FUNDAMENTADO, DEMONSTRANDO A NECESSIDADE DA MEDIDA. ORDEM DENEGADA. "[...] Inexiste constrangimento ilegal na prisão preventiva dos pacientes se o magistrado, baseado em elementos constantes nos autos, fundamenta-a na garantia da ordem pública, mormente tendo em conta a real probabilidade de reiteração criminosa. Demonstrada nos autos a necessidade da segregação, não há falar em aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. [...]" (*Habeas Corpus* n. 2014.029486-8, de São João Batista, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, j. 29.05.2014). (*Habeas Corpus* n. 2015.016722-7, de Blumenau, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 07-04-2015 - grifado)

Do corpo do texto vislumbra-se que os argumentos utilizados para a fundamentação foram genéricos, não analisando os fatos do caso concreto:

Verifica-se que os indícios de materialidade e autoria, a autorizar a segregação preventiva, foram amplamente demonstrados, bem como a análise acerca dos requisitos previstos nos art. 312 e 313 do Código de Processo Penal. A possibilidade de reiteração da conduta concretamente evidenciada é motivo capaz de ensejar a decretação da prisão preventiva, que visa também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça.

Outro alicerce utilizado pelo Poder Judiciário catarinense a fim de basear a decretação da prisão preventiva é a gravidade do delito cometido. O *Habeas Corpus* n. 2015.015852-7, proveniente da discórdia do acusado com a decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma, que converteu a prisão em flagrante em preventiva, além de indeferir a sua revogação, demonstra tal realidade.

Reproduz-se:

HABEAS CORPUS. PRÁTICA, EM TESE, DOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGOS 33, CAPUT, E 35, AMBOS DA LEI N. 11.343/06). CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. PREENCHIDOS OS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INDÍCIOS SUFICIENTES PARA SUSTENTAR AS IMPUTAÇÕES FEITAS AO PACIENTE. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO PARA GARANTIA DA ORDEM

PÚBLICA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. NÃO ACOLHIMENTO. MAGISTRADO QUE EXPLICITOU OS ELEMENTOS CONCRETOS PARA A MANUTENÇÃO DA CONSTRIÇÃO CAUTELAR. PREDICADOS FAVORÁVEIS QUE NÃO OBSTAM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR QUE NÃO FERE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. PROVIDÊNCIA QUE, NA HIPÓTESE, NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO QUE SE IMPÕE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Sempre que presentes a materialidade e indícios de autoria, o juiz está autorizado a manter o réu segregado para, dentre outras finalidades, assegurar a garantia da ordem pública (art. 312 do Código de Processo Penal). 2. Inexiste ilegalidade na prisão quando a autoridade dita como coatora explicita suficiente e fundamentadamente as razões fáticas e jurídicas pelas quais determina ou mantém a prisão preventiva. 3. Os predicados subjetivos do paciente não constituem óbice à manutenção da sua segregação cautelar, desde que presentes os requisitos da prisão preventiva. 4. Cumpre lembrar o princípio da confiança no juiz da causa, que, por estar mais próximo dos fatos e das pessoas envolvidas, melhor pode avaliar a necessidade da providência cautelar. 5. A manutenção da custódia cautelar do paciente não fere o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LXI, CF/88), pois devidamente contemplados, no caso em tela, os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. 6. "Demonstrado nos autos com base em fatos concretos que a prisão provisória é necessária para a garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal, não há falar em substituição pelas medidas cautelares previstas nos incisos do artigo 319 do Código de Processo Penal". (TJSC - Habeas Corpus n. 2012.008842-7, de Capinzal, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 22/03/2012). (Habeas Corpus n. 2015.015852-7, de Criciúma, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 07-04-2015)

Da fundamentação:

Na hipótese em tela, há nos autos elementos suficientes a indicar que o paciente praticou os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação para o tráfico, porque teria sido flagrado transportando no interior do veículo Palio, o qual estava juntamente com outros 03 (três) suspeitos, um torrão de maconha, pesando aproximadamente 500g (quinhentas gramas), e R\$ 1.361,00 (mil trezentos e sessenta e um reais) em cédulas miúdas. Cumpre realçar que o estupefaciente e a importância em dinheiro foram apreendidos no banco de trás do veículo, mais especificamente no interior de uma mochila. Em que pese o acusado Alexsander da Silva ter assumido a propriedade da droga e, conseqüentemente, dos bens que o guarneciam ("maconha" e a quantia em dinheiro), é possível concluir, ao menos por ora, que há fortes indícios de que o comércio ilegal de entorpecentes era realizado de maneira associada entre todos os ocupantes do veículo - entre eles o ora paciente -, o que implica, inclusive, na dúvida quanto ao real proprietário da substância ilícita. Há ainda que ser levada em consideração a gravidade concreta do crime de tráfico de drogas, o qual, por ser uma atividade altamente nociva para a vida social, exige postura mais rígida em relação aos seus agentes, mormente porque a concessão da liberdade do paciente certamente ocasionaria temor e, ainda, a falsa noção de impunidade na sociedade como um todo, o que afetaria diretamente a credibilidade da Justiça. Demais disso, a criminalidade advinda da comercialização e da distribuição de drogas causa efetivo desassossego social em prejuízo da ordem pública, já que fomenta a prática de diversos delitos, principalmente os de cunho patrimonial. Como se não bastasse, constata-se que o paciente mantinha em seu aparelho celular fotos com características que possam concluir pela prática do tráfico

de drogas, bem como, em uma delas, aparece portando um objeto semelhante a uma arma de fogo, circunstâncias de que solto possa voltar a reiterar a atividade criminosa. À vista de tais razões, a fim de salvaguardar a ordem social e de garantir a ordem pública, mostra-se imperiosa a manutenção da prisão preventiva, porquanto plenamente preenchidas as exigências legais da referida medida, tornando-se, no caso, necessária.

Por fim, há ainda outro fundamento utilizado para basear a decretação da prisão preventiva pela garantia da ordem pública: o clamor social. Assim como já explicitado, esse elemento está relacionado com as proporções que o delito toma perante a sociedade, com os sentimentos de repulsa e comoção social gerados pelo ato.

Em pesquisa aos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, percebe-se que tal entendimento é antigo, tanto que a última decisão sobre o tema é datada do ano de 2011. Dessa forma, possível concluir que, felizmente, esse argumento não pode e nem deve ser capaz de privar a liberdade do indivíduo, pois fere de forma grave os princípios constitucionais norteadores do ordenamento jurídico.

Válida a transcrição:

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, INCS. I E V, DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO PREVENTIVA. ARGUIDA FALTA DE FUNDAMENTOS E DOS REQUISITOS PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INOCORRÊNCIA. A GRAVIDADE DO DELITO, O MODUS OPERANDI E AS CIRCUNSTÂNCIAS DOS FATOS EVIDENCIAM A PERICULOSIDADE DO PACIENTE, E JUSTIFICAM A NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO. ALÉM DISSO, AS PECULIARIDADES DO CASO GERARAM REPULSA E CLAMOR PÚBLICO POR JUSTIÇA, O QUE REFORÇA A CONSERVAÇÃO DA MEDIDA. PRESSUPOSTOS DEVIDAMENTE ESPECIFICADOS, CALCADOS NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA DO JUIZ. PREDICADOS SUBJETIVOS POSITIVOS QUE NÃO OBSTAM A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO SE MOSTRA INSUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA (*Habeas Corpus* n. 2011.089312-4, de Ponte Serrada, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 06-12-2011)

Cuida-se de *Habeas Corpus* n. 2011.089312-4 impetrado pela defesa por irresignação com a decisão do Juízo da Vara Única da Comarca de Ponte Serrada, que manteve a prisão preventiva do paciente.

Do corpo textual do acórdão extrai-se a fundamentação utilizada:

Vê-se que estão presentes provas da materialidade e suficientes indícios da autoria, o delito foi cometido grave ameaça, sendo que o *modus operandi* e as circunstâncias dos fatos, como bem destacado pelo juízo singular, evidenciaram a gravidade do delito praticado pelo paciente, e, ainda a periculosidade deste, justificando a segregação para garantia da ordem pública. Como já destacado pelo togado a quo e conforme consta da denúncia (fls. I-II do apenso), o paciente tinha estabelecimento comercial vizinho ao da empresa vítima, cujo proprietário, de 65 anos, foi rendido, tendo ele sido ameaçado de morte. Além da ameaça à sua filha, que se encontrava em outro endereço, para que o acusado lograsse êxito na subtração de cerca de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) em dinheiro e jóias. Aliás, considerando ainda proximidade entre o estabelecimento do paciente e da vítima, a soltura precoce do acusado poderá, inclusive, tumultuar a produção de provas. Além disso, em que pesem os argumentos dos impetrantes, tenho que, de fato, as peculiaridades do caso, sem dúvida, provocaram grande clamor público por Justiça e uma verdadeira comoção no meio social tamanha a sua gravidade, reforçando a manutenção da segregação.

Portanto, ao fim de toda essa demonstração jurisprudencial, verifica-se que são diversos os argumentos utilizados pela jurisprudência para enquadrarem a prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública.

A existência de divergências entre os Tribunais Superiores e a Corte de Justiça Catarinense é incontestável, já que ainda não foi estabelecida uma linha única de posicionamento acerca da garantia da ordem pública. Infelizmente, assim abre-se margem para atos arbitrários do julgador, ante a capacidade de geração de insegurança jurídica, pois, um mesmo acontecimento, a depender da instância em que está sendo julgado, da corrente adotada pelo julgador, e até mesmo por seu “humor”, tem o condão de privar ou não o sujeito de seu direito básico e essencial de locomoção.

Consigne-se ainda que, não bastando a desarmonia dos julgados entre os Tribunais, até mesmo dentro deles há posicionamentos díspares. Cada câmara ou turma, a depender de sua composição, reflete num diferente viés. A simples entrada ou saída de um Desembargador ou Ministro pode desarticular todo o posicionamento antes concebido.

A partir do teor de todos esses argumentos explanados, não se cai em demasia ao frisar que o direito de locomoção é o reflexo do direito de liberdade do indivíduo, é o seu poder de ir e vir. Qualquer tipo de ofensa ou privação precipitada de sua liberdade retira do cidadão muito de seu potencial de apresentação de defesa, de continuação de sua vida e até mesmo de sua dignidade. Assim, o que jamais pode ser esquecido é que “qualquer medida de coação anterior à decisão final é excepcional, por mais tênue que seja sua incidência na esfera de direitos do imputado” (MORAES, 2010, pp. 727-749).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cerne para o desenvolvimento deste trabalho deu-se a partir do questionamento acerca das hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, expressão prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal, mas que o legislador, propositalmente ou não, deixou de estabelecer um parâmetro conceitual.

A tarefa que aqui se pretendeu evidenciar é de algum valor não só para a questão da ordem pública, mas também para toda e qualquer expressão não bem delimitada pelo texto legal, a fim de servir como alerta ao legislador e aos seus intérpretes no tocante à adoção e à aplicação de expressões em si vazias, mormente em pontos que atingem direitos fundamentais como a segregação de liberdade.

O primeiro capítulo buscou abordar os aspectos gerais das prisões cautelares, além de apresentar suas modalidades legais – prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva -, iniciando a base teórica sobre o tema. Em seguida, desenvolvendo-se o assunto, discorreu-se acerca dos princípios constitucionais regentes do processo penal, utilizados para assegurar ao indivíduo um julgamento válido e justo. Para terminar com esse aparato geral, relatou-se sobre as espécies de medidas cautelares diversas da prisão existentes no ordenamento pátrio, retratando suas peculiaridades e momentos cabíveis.

Posteriormente, já no segundo capítulo, estudou-se a ordem pública em si, e sua aplicação como elemento justificante da decretação da prisão preventiva, além das demais hipóteses legais – garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal, bem como pelo descumprimento de outra medida cautelar.

E, por último, no terceiro capítulo, analisaram-se decisões provenientes de julgamentos de *Habeas Corpus* do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cuja fundamentação incidia na garantia da ordem pública como elemento apto ou não a justificar a decretação da prisão preventiva.

A partir de todo o conjunto teórico apresentado, percebe-se a existência de um caminho a ser seguido pelo julgador no momento de decretação da prisão preventiva, pois, esta só pode e deve ser utilizada como *ultima ratio* do sistema processual penal.

Sobre essa questão partilha-se do pensamento de Maurício Zanóide de Moraes (2010, p. 736):

O que importa é que a prisão no curso persecutório deva ser imposta como a *ultima ratio* das medidas. Para isso o legislador deve fixar, de maneira clara e expressa, que cabe ao julgador demonstrar que nenhuma medida coativa e menos invasiva do que a prisão é apropriada ao caso concreto. Em uma verdadeira inversão cultural, se comparado com nossos dias, o julgador deverá justificar por que as medidas menos invasivas não são apropriadas no caso concreto. E não, como ocorre atualmente, manter o hábito de decretar primeiro a prisão preventiva ou temporária, para depois determinar medida alternativa ou substitutiva menos invasiva.

Nessa perspectiva, especificamente quanto à análise dos argumentos utilizados para se determinar a prisão preventiva pela garantia da ordem pública, percebe-se a existência de questão importante e que merece cautela.

Vislumbraram-se, então, os diversos posicionamentos divergentes acerca desse assunto, controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Dentre as principais possibilidades para a decretação da prisão preventiva pela garantia da ordem pública destaca-se: o **clamor social** – argumento amplamente rechaçado pela doutrina e jurisprudência, e não mais apto a ser utilizado nos dias atuais -, a **gravidade do delito** – umas das posições que mais agrega seguidores, porém continua muito controvertida -, a **credibilidade da justiça** - usada nos casos em que se pretende manter a imagem de efetividade do Poder Judiciário, mas que gera grande polêmica -, e, por fim a **periculosidade do agente** com a possível **reiteração de condutas criminosas** - mais comum dos fundamentos, mas que recai na indagação: como é possível prever e punir uma conduta que sequer aconteceu?

Da análise das jurisprudências, constata-se que o Tribunal de Justiça catarinense ainda encontra posicionamentos em diversos sentidos, porém aos poucos caminha à unicidade. O argumento predominante, mesmo que de forma discreta, é o que autoriza a prisão preventiva pela garantia da ordem pública em decorrência da gravidade do delito, verificada através dos meios de execução do crime, e do risco de reiteração das condutas criminosas, analisado a partir da certidão de antecedentes criminais e pelos processos em curso do indivíduo.

O Supremo Tribunal Federal, salvo pontuais exceções, vem adotando uma linha coerente de posicionamentos, admitindo apenas como justificativa para a decretação da preventiva fundada na garantia da ordem pública, os casos em que, concretamente, é constatada a periculosidade do agente, o qual, se em liberdade, tem alto potencial de reiterar as infrações penais cometidas.

Por sua vez, o que se percebe em verdade é que a garantia da ordem pública, do modo em que se encontra disposta no presente sistema jurídico, não é fundamento apto para decretar a prisão preventiva, pois, em todas as justificativas trazidas pela doutrina e admitidas pelos Tribunais, não se depreende o seu caráter cautelar, requisito indispensável à determinação de qualquer modalidade de segregação processual de liberdade.

Cuida-se, portanto, de execução antecipada da pena, configurando-se uma afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, direito este fundamental do cidadão.

Colocando-se a “ordem pública” em confronto com o princípio da presunção de inocência, parte da doutrina argumenta que ela fere o aludido princípio, pois os Tribunais não têm o poder de ignorar as garantias individuais do indivíduo a fim de garantir a ordem na sociedade. De outro norte, há doutrinadores que sustentam não haver ofensa a esse princípio, visto que a própria Constituição Federal autoriza a prisão preventiva em alguns casos, e numa relação de prevalência entre a sociedade e o indivíduo, o *in dubio pro societate* deve preponderar.

Percebeu-se que dentre a extensa gama de argumentos utilizados com o intuito de deferir ou indeferir a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, o mais intrigante é que, a depender da instância ou da região em que estiverem sendo julgados, casos semelhantes são decididos de formas distintas, deixando clara a falta de harmonia sobre o tema e abrindo-se margem para a tão temida insegurança jurídica.

Porém, já que permanecidos no sistema processual penal, é preciso saber aplicá-los, e por isso a necessidade de ciência e segurança para que a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica, como fundamentos aptos à decretação do encarceramento preventivo, jamais possam ser utilizados como forma de punição antecipada, mormente em face do princípio constitucional da presunção de inocência.

Como bem sugerido por Zanóide (2010, pp. 743-748), para que seja adotado o conceito de “ordem pública” no sistema jurídico vigente, ao menos deveriam ser adotados três requisitos mínimos: a análise da pena prevista para o crime cometido, as circunstâncias e a forma de execução, e o lapso temporal transcorrido entre o conhecimento da autoria e o instante de determinação da prisão.

Esses elementos citados merecem uma análise cautelosa diante do caso concreto, pois somente aí é que seria possível estabelecer ou não a necessidade de segregação cautelar do indivíduo.

Inconteste, portanto, que a ordem pública requer algumas limitações em seu campo de atuação, já que opera como limitadora de direito fundamental, e por isso sua amplitude deve ser substancialmente reduzida.

Arremata-se toda essa discussão com o pensamento de que a medida mais adequada para a solução desse “problema” conceitual seria a exclusão do ordenamento jurídico brasileiro das expressões “garantia da ordem pública” e “garantia da ordem econômica”, pois, como consignado do decorrer deste trabalho, impossível promover a segregação cautelar de liberdade de um indivíduo sem o estabelecimento de um conceito legalmente delimitado.

A lição extraída de todo esse estudo é a necessidade de se repensar e reformular o atual sistema processual penal, para que somente então se possa alcançar o tão sonhado modelo de processo penal democrático. Para isso, o caminho a ser trilhado é longo, mas é sempre preciso ter em mente que as medidas processuais penais não são feitas para um determinado grupo de indivíduos, mas sim para todos, inclusive para aqueles que as editam. Enquanto existir o pensamento de que o direito penal visa punir o inimigo estar-se-á distante da efetiva garantia e respeito à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 44, p. 71-85, jul. 2003.

BEGALLI, Ana Silvia Marcatto. Dignidade da pessoa humana e Direito Penal. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2465, abril 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14624>>. Acesso em: 06 mar. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1991.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed. São Paulo: Universidade de Brasília, 2000. 2 v.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Acórdão em Habeas Corpus n. 95009/SP**. Daniel Valente Dantas, Verônica Valente Dantas e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Eros Grau. J. em 06 jan. 2008. P. DJe em 19 dez. 2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570249>>. Acesso em 19 abril 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 102065/PE**. José Apolônio de Oliveira e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ayres Britto. J. em 23 nov. 2010. P. DJe em 15 fev. 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618993>> . Acesso em 19 abril 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 126846/SP**. Ewerton Ricardo de Castro e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Teori Zavascki. J. em 17 mar. 2015. P. DJe em 06 abril 2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8143836>>. Acesso em 19 abril 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 126837/SP**. Monise Valeriana da Silva e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Gilmar Mendes. J. em 17 mar. 2015. P. DJe em 10 abril 2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8193884>>. Acesso em 19 abril 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Acórdão em Habeas Corpus n. 84548/SP**. Sérgio Gomes da Silva e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Gilmar Mendes. J. em 04 mar. 2015. P. DJe em 10 abril 2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>>. Acesso em 19 abril 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 123304/MS**. Josué Silva de Arruda e Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Cármen Lúcia. J. em 16 dez 2014. P. DJe em 19 dez 2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7517664>>. Acesso em 19 abril 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 219101/RJ**. Ivanildo Ulisses Gervásio e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Jorge Mussi. J. em 10 abril 2012. P. DJe em 05 maio 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1136282&num_registro=201102238351&data=20120508&formato=PDF>. Acesso em 10 mar 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 313410/RS**. Leonir Webra do Nascimento e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Gurgel de Faria. J. em 07 abril 2015. P. DJe em 22 abril 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

1396368&num_registro=201403463427&data=20150422&formato=PDF>. Acesso em 19 abril 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 313884/SP**. Douglas Michele Domingues e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Ministro Newton Trisotto. J. em 16 abril 2015. P. DJe em 22 abril 2015. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1399520&num_registro=201500043788&data=20150422&formato=PDF>. Acesso em 19 abril 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 296961/SP**. Claudemir Cícuto e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Ministro Félix Fischer. J. em 16 set. 2014. P. DJe em 01 out. 2014. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1349128&num_registro=201401439965&data=20141001&formato=PDF>. Acesso em 19 abril 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. **Acórdão em Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 127876/MG**. Célia Regina Afonso e Ministério Público Federal. Relatora Ministra Assusete Magalhães. J. em 04 dez. 2012. P. DJe em 18 dez. 2012. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1200599&num_registro=200900214943&data=20121218&formato=PDF>. Acesso em 19 abril 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Quarta Câmara Criminal. **Acórdão em Habeas Corpus n. 2015.016707-6**. Israel Xavier e Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Relator Desembargador Roberto Lucas Pacheco. J. em 09 abril 2015. P. DJe em 13 abril 2015. Disponível em:
<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000U8390000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7931272&pdf=true>>. Acesso em 19 abril 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Terceira Câmara Criminal. **Acórdão em Habeas Corpus n. 2015.016722-7**. Marcos Aurélio da Silva e Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau. Relator Desembargador Ernau Guetten de Almeida. J. em 07 abril 2015. P. DJe em 07 abril 2015. Disponível em:
<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000U7AA0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7915458&pdf=true>>. Acesso em 19 abril 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Primeira Câmara Criminal. **Acórdão em Habeas Corpus n. 2015.015852-7**. Luan Rossetto Dondoni e Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma. Relator Desembargador Paulo Roberto Sartorato. J. em 07 abril 2015. P. DJe em 07 abril 2015. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000U6OA0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7925512&pdf=true>>. Acesso em 19 abril 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Terceira Câmara Criminal. **Acórdão em Habeas Corpus n. 2011.089312-4**. Acir Cabral Scarsanella e Juiz da Vara Única da Comarca de Ponte Serrada. Relator Desembargador Alexandre d'Ivanenko. J. em 06 dez. 2011. P. DJe em 09 dez. 2011. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000KJ660000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4047860&pdf=true>>. Acesso em 19 abril 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. v. 2

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Radiografia do sistema carcerário revela número desproporcional de presos provisórios**. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/02/c4dfdf1351d9d4032e15e04d7d7e8ce5.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia – considerações. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 41, p. 125-151, jan./mar. 2003.

GOMES, Luiz Flávio; SOUZA, Patricia Ap. **Prisão preventiva: conceito de "ordem pública"**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 13 de abril de 2009. Acesso em 22 abril 2015.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Prisão Preventiva: O STF e a Política Criminal sobre restrição de Liberdade**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Glossário Jurídico**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em 15 mar. 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em: 06 mar. 2015.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão Provisória: Medida de Exceção no Direito Criminal Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2004.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **Princípios do Direito Penal e Processo Penal**. Revista dos Tribunais Online, Nordeste, v. 4, pp.117-133, mar. 2014.

MORAES, Maurício Zanóide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R.. **Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 727-749.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NICOLITT, André. **Lei nº 12.403: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Atualização legislativa.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: De acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória**: A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013.

PEDROLI SERRETTI, André. Em busca de um conceito funcionalista de ordem pública no processo penal brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9786>. Acesso em: 30 mar 2015.

POLASTRI, Marcellus. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.a, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: Parte Geral. 5ª Edição. Editora Lumen Iuris, 2008.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Coordenador Pedro Lenza.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 3 v.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2007.